This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

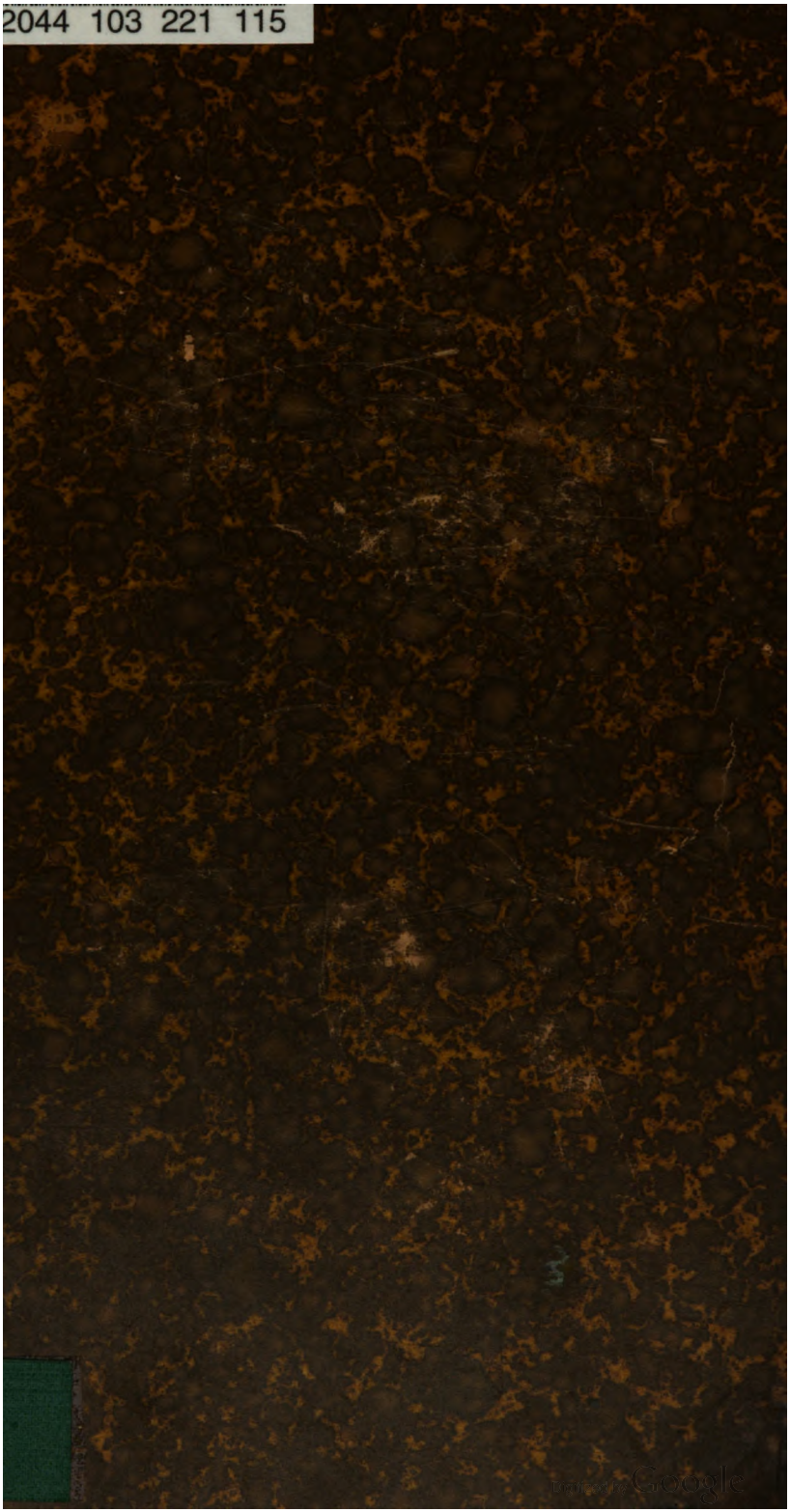
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

2044 103 221 115



Digitized by Google

Digitized by Google

Germany

Ulles
Staatsanwalt
Elberfeld 28 Juni 1884
No 1677.

Digitized by Google

Digitized by Google

Das

# gemeine deutsche Strafrecht

systematisch dargestellt

von

**Dr. Hugo Hälschner,**
Geheimer Justizrath und Professor in Bonn.

---

**Zweiter Band.**

Der besondere Theil des Systems.

---

**Erste Abtheilung.**

---

Bonn,
Verlag von Adolph Marcus.
1884.

Germany
980
HAE,
Digitized by Google

CtY
H139d

Nov 8.1920
11/8/20

Digitized by Google

# Erklärung der Abkürzungen.

| | |
|---|---|
| Ann. | = Annalen des Reichsgerichtes von K. Braun und H. Blum. |
| Berner | = Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12. Auflage 1882. Von Dr. A. F. Berner. |
| Entsch. | = Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. |
| H. Meyer | = Lehrbuch des deutschen Strafrechts von Hugo Meyer. Dritte Auflage 1882. |
| Oppenhoff | = Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, erläutert durch F. C. Oppenhoff. 9. Ausgabe, herausgegeben durch Th. F. Oppenhoff. 1883. |
| Rsprch. | = Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichtes in Strafsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft. |
| Rüdorff | = Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Mit Commentar von Hans Rüdorff. 3. Auflage 1881. Herausgegeben von M. Stenglein. |
| Schwarze | = Commentar zum Strafgesetzbuche für das deutsche Reich. 5. Auflage 1884. Von Fr. O. von Schwarze. |
| Wächter Deutsch. Strfr. | = Deutsches Strafrecht. Vorlesungen von C. G. von Wächter. 1881. |

Digitized by Google

Digitized by Google

# Inhalts-Verzeichniß.

## Zweiter oder besonderer Theil.


Seite

Einleitung . . . . . 1

### Erster Abschnitt.
### Delicte gegen die Person.

#### Erstes Kapitel.
#### Delicte gegen das Leben.

1. Thatbestand der Tödtung . . . . . 20
2. Die fahrlässige Tödtung . . . . . 23
3. Todtschlag und Mord . . . . . 31
4. Tödtung des Einwilligenden . . . . . 54
5. Kindesmord . . . . . 58
6. Abtreibung der Leibesfrucht . . . . . 64
7. Aussetzung hilfloser Personen . . . . . 76

#### Zweites Kapitel.
#### Körperverletzung.

1. Thatbestand der Körperverletzung . . . . . 83
2. Die Arten der Körperverletzung . . . . . 91

#### Drittes Kapitel.
#### Delicte gegen die persönliche Freiheit.

1. Einleitung . . . . . 117
2. Nöthigung und Bedrohung . . . . . 118
3. Gefangenhaltung . . . . . 133
4. Menschenraub . . . . . 137
5. Hausfriedensbruch . . . . . 144

#### Viertes Kapitel.
#### Delicte gegen die Ehre.

1. Die Ehre und ihre Bedeutung . . . . . 157
2. Thatbestand der Beleidigung . . . . . 164


Digitized by Google

Seite
3. Die üble Nachrede und die Verleumdung insbesondere . . . . 189
4. Der Beweis der Wahrheit . . . . . 200
5. Strafverfolgung und Strafe der Beleidigung . . . . . 207
6. Verletzung fremder Geheimnisse . . . . . 215

Fünftes Kapitel.
Delicte gegen die Züchtigkeit der Person.

1. Einleitung . . . . . 220
2. Unzucht wider den Willen der verletzten Person . . . . . 222
3. Strafbare Unzucht an der einwilligenden Person . . . . . 236
4. Widernatürliche Unzucht . . . . . 238
5. Die Entführung . . . . . 241

Sechstes Kapitel.
Der Betrug.

1. Einleitung . . . . . 245
2. Der Thatbestand des Betruges . . . . . 249
3. Bestrafung des Betruges . . . . . 276

Siebentes Kapitel.
Der Diebstahl.

1. Thatbestand des Diebstahls . . . . . 281
2. Die Arten und die Bestrafung des Diebstahls . . . . . 305
   a) Der privilegirte Diebstahl . . . . . 306
   b) Der einfache Diebstahl . . . . . 312
   c) Der schwere Diebstahl . . . . . 314
   d) Der Diebstahl im Rückfalle . . . . . 334

Anhang.
Furtum possessionis und furtum usus. Strafbare Verletzung eines ausschließlichen Occupationsrechtes . . . . . 338

Achtes Kapitel.
Die Unterschlagung.
Thatbestand und Strafe der Unterschlagung . . . . . 345

Neuntes Kapitel.
Raub und Erpressung.

1. Thatbestand des Raubes . . . . . 364
2. Strafe des Raubes . . . . . 373
3. Räuberischer Diebstahl . . . . . 377
4. Erpressung . . . . . 378

Digitized by Google

Seite

## Zehntes Kapitel.
## Die Sachbeschädigung.

Thatbestand und Strafe der Sachbeschädigung . . . . . 386

## Elftes Kapitel.
## Verletzung bestehender Schuldverhältnisse.

1. Die Untreue . . . . . 391
2. Der strafbare Bankerutt.
a) Einleitung . . . . . 398
b) Thatbestand und Strafe des Bankerutts . . . . . 406
c) Mit dem Bankerutt in Verbindung stehende Delicte . . 419
3. Vereitelung der Zwangsvollstreckung . . . . . 423

## Zwölftes Kapitel.
## Strafbare Ausbeutung des Vermögens.

1. Strafbares Creditgeben an Minderjährige . . . . . 427
2. Der Wucher . . . . . 430
3. Strafbares Glücksspiel . . . . . 443

Digitized by Google

Digitized by Google

# Zweiter oder besonderer Theil.

## Einleitung.

§ 1. Der besondere Theil des Systems der Strafrechtswissenschaft hat das Verbrechen und die Strafe in ihrer Besonderheit zum Gegenstande. Der allgemeine Thatbestand des Verbrechens bildet die Voraussetzung auf Grund deren hier der besondere Thatbestand der verschiedenen Verbrechensarten und die Strafe derselben wissenschaftlich zu untersuchen und festzustellen sind. Der besondere Thatbestand des Verbrechens steht aber zu dem allgemeinen nicht in dem Verhältnisse, daß hier zu letzterem etwas durchaus Anderes und Neues hinzuträte, vielmehr in dem, daß es lediglich die Momente des allgemeinen Thatbestandes sind, welche hier in der Verschiedenheit ihrer besonderen Gestaltung und in der Mannigfaltigkeit eigenthümlicher Combinationen wiederkehren. Alles was irgend als wesentliches Moment des besondern Thatbestandes erscheint, ist niemals nur etwas Besonderes, sondern zugleich ein Allgemeines, das nach dieser Seite seine gebührende Berücksichtigung im allgemeinen Theile fordert. Umgekehrt aber können in dem besondern Thatbestande einer bestimmten Verbrechensart nicht alle Momente des allgemeinen Thatbestandes abermals in Betracht kommen, theils weil manche dieser Momente vermöge der eigenthümlichen Natur der Verbrechensart von deren Thatbestande ganz ausgeschlossen erscheinen, theils weil für die wiederholte wissenschaftliche Erörterung derselben ein Bedürfniß nur insoweit vorhanden ist, als es sich aus der Eigenthümlichkeit der besondern Gestaltung des Allgemeinen ergiebt.

§ 2. Eine wirklich systematische Gestaltung hat der besondere Theil der Strafrechtswissenschaft erst sehr spät erlangt. Es konnte



Digitized by Google

von ihr so lange nicht die Rede sein, als der besondere Theil, wie bei den italienischen Criminalisten des Mittelalters, als solcher überhaupt nicht existirte, so lange der besondere Thatbestand der Verbrechen in bunter Mischung mit allgemeinen strafrechtlichen Normen wie mit den Lehren des Strafprozesses erörtert wurde, so lange deshalb selbst die Werke derjenigen Criminalisten, welche eine umfassende und vollständige Darstellung beabsichtigten, nur als eine ordnungslose Menge einzelner Abhandlungen erscheinen. Gleichwohl kamen bei solch monographischer Behandlung die einzelnen strafrechtlichen und prozessualischen Lehren immer noch besser zu ihrem Rechte, als da wo, wie bei Angelus Aretinus, der Versuch gemacht wurde, sie in eine absolut willkürliche durch die Sache selbst nicht entfernt bedingte Ordnung hinein zu pressen. Der Mangel einer systematischen Behandlung lag aber freilich nicht allein in der mangelnden systematischen Anordnung des Stoffes, denn eben diese Anordnung hat ja eine Bedeutung nur dann, wenn sie das nothwendige Ergebniß der wissenschaftlichen Auffassung des Einzelnen und seiner damit bedingten Stellung im Zusammenhange mit dem Ganzen ist. Viel schwerer als die mangelnde äußere Ordnung wog daher der Umstand, daß bei den italienischen Criminalisten selbst die einzelnen Bausteine noch nicht in der Weise bearbeitet erscheinen um ein Zusammenfügen derselben zu dem Gebäude eines einheitlichen Systems zu ermöglichen. Während einerseits die Masse des traditionellen gelehrten Apparates immer größer wurde, fehlte andrerseits jedes klare Bewußtsein, jede feste Norm für das Verhältniß der in der Doctrin sich mischenden Elemente römischen, germanischen und kirchlichen Strafrechtes; während man in casuistischer Weise das Einzelne und Kleinste zu erforschen suchte, mangelte jede Fähigkeit die Menge des Einzelnen zu beherrschen, zusammenzufassen und unter allgemeinere Gesichtspunkte zu subsumiren. Trat überdies noch der überwiegende Einfluß des römischen Strafrechts hinzu, das fast nirgends eine durchaus feste Grenzbestimmung zwischen den verschiedenen Verbrechen zuläßt, bei den meisten Delicten die Möglichkeit einer verschiedenartigen den Thatbestand selbst modifizirenden rechtlichen Behandlung gewährt, so konnte es nicht fehlen, daß der Thatbestand der Verbrechensarten eine viel zu unsichere, schwankende Gestalt hatte, als daß es möglich gewesen wäre, sie in scharfer Begrenzung in ein fest geordnetes Verhältniß zu einander zu stellen.

§ 3. Wird man zwar auch der **Carolina** nicht nachrühmen

Digitized by Google

können, daß sie in der äußeren Anordnung[1]) ihrer strafrechtlichen Normen das Bild eines wohlgegliederten Systems darböte, selbst wenn man in Anschlag bringt, daß in dieser Beziehung an das Gesetzbuch nicht die gleichen Anforderungen zu stellen sind, wie an ein doctrinäres System, so kann doch darüber kein Zweifel obwalten, daß gerade im Unterschiede von den italienischen Criminalisten hier, trotz der mangelhaften äußeren Ordnung durch die festere Normirung und Abgrenzung des Thatbestandes der einzelnen Verbrechensarten so wie die Feststellung des Verhältnisses der gemeinrechtlichen Quellen zu einander die wesentlichsten Bedingungen für die Entwickelung eines einheitlichen Systems gegeben waren. Von einem Fortbauen auf der durch die Carolina gelegten Basis waren aber die deutschen Criminalisten des 16. Jahrhunderts soweit entfernt, daß es vielmehr schien, als ob der einer reichen Entwickelung fähige Keim durch die Doctrin wieder verschüttet und vergraben werden sollte.

Völlig befangen in der Bewunderung des von den italienischen Criminalisten dargebotenen Musters, unfähig das in der Carolina zur Herrschaft erhobene deutschrechtliche Element zu erfassen und zu verarbeiten, gelangte sie in dem Streben die Carolina aus den Quellen des römischen Rechts zu ergänzen und zu berichtigen dahin, alles das wieder vollständig verloren zu geben, was in der Carolina für eine bündige und scharf bestimmte Normirung des Thatbestandes der verschiedenen Verbrechensarten bereits gewonnen war.

Eine neue Periode für die deutsche Strafrechtswissenschaft, durch die Consultationes saxonicae, die kursächsischen Constitutionen von 1572 und deren Commentare von Moller und Berlich eingeleitet, erlangte den Höhepunkt ihrer Entwickelung in Carpzow. Erscheinen die 150 Quästionen seiner Practica ebenso wie die Rubriken, Titel, Paragraphen der Italiener, als eine Reihe äußerlich zusammengefügter Abhandlungen, so ist es doch nicht mehr Laune und Zufall wodurch deren Zahl, Umfang und Ordnung bestimmt wird, sondern es tritt sehr entschieden die Tendenz hervor in gleichmäßiger Ausführung aller Lehren des Strafrechtes und Strafprozesses ein vollständiges und geordnetes Ganze zu liefern. Obwohl er sein Werk, wie alle seine Vorgänger, sofort

1) Sie hat sich hierbei offenbar durch die Rücksicht auf die kirchlichen Rechtsquellen, welche die Verbrechen nach der Ordnung der zehn Gebote behandeln, leiten lassen.

Digitized by Google

mit der Darstellung der einzelnen Verbrechen beginnt, so findet sich doch bei ihm der erste Anfang einer Sonderung der allgemeinen Lehren des Strafrechtes und des besondern Thatbestandes der Verbrechen. Zum Theil werden freilich die allgemeinen Lehren nach dem Vorbilde der Carolina noch in Verbindung mit der an die Spitze gestellten, gleichsam das Normalverbrechen bildenden Tödtung behandelt, zum Theil aber selbständig am Schlusse des Werkes als Gründe, welche die Strafbarkeit ausschließen oder mindern. Aber auch die traditionelle casuistische Methode seiner Vorgänger beginnt er zu durchbrechen, indem er in höherem Maße als selbst sein Meister Berlich die Masse des Einzelnen zu ordnen, einer allgemeinen Regel zu subsumiren und aus ihr abzuleiten sucht. Die weitere Folge davon war, daß doch auch in der Reihenfolge seiner Quästionen das Streben die einzelnen Verbrechen in geordnetem Zusammenhange darzustellen unverkennbar hervortritt. Der Tödtung in ihren verschiedenen Formen läßt er die gegen den Staat und die rechtliche Ordnung der bürgerlichen Gesellschaft gerichteten Verbrechen, einschließlich des crimen vis und der gemeingefährlichen Delicte folgen, sodann die gegen die Religion gerichteten Verbrechen, die s. g. Unzuchts-Verbrechen, den Diebstahl in Verbindung mit den übrigen gegen das Vermögen gerichteten Delicten und endlich die Injurien. Schon diese geringe Zahl sehr umfassender Kategorien zeigt, daß die Kriterien nach denen sie geschieden, und in ihnen Verwandtes zusammengefaßt wurde, freilich noch sehr unklare und schwankende waren.

§ 4. Während im 17. und im Anfange des 18. Jahrhunderts die Autorität Carpzow's gleichmäßig die strafrechtliche Praxis wie die Landesgesetzgebung beherrschte, hatte sich durch das, was mittlerweile auf andern Gebieten der Rechtswissenschaft geleistet worden war[1]), auch für die Strafrechtswissenschaft eine Neugestaltung vorbereitet, die in systematischer Form aber erst am Ende des 18. Jahrhunderts hervortritt. Aeltere Versuche einer systematischen Darstellung des Strafrechts, wie Oldenkopp's Observationes criminales, Fröhlich von Fröhlichsburg's systematisch geordneter Commentar zur Carolina, Cloot's Unternehmen das gesammte Strafrecht in der Ordnung der zehn Gebote darzustellen, waren durch den Glanz Carpzow's verdunkelt spur- und wirkungslos vorübergegangen. Die mit dem Böhmer'schen beginnenden Systeme des

1) Vgl. Hälschner Preuß. Strafrecht Bd. I S. 154 flg.

Digitized by Google

18. Jahrhunderts vernichteten dagegen die in der Wissenschaft schon längst angefochtene Herrschaft Carpzow's auch auf dem Gebiete der Praxis und Gesetzgebung vollständig. In ihrer äußeren Erscheinung weichen sie von der **Practica** Carpzow's außerordentlich weit ab, vor allem vermöge des Umstandes, daß sie nicht unmittelbar für den Gebrauch der Praktiker bestimmt sind, sondern als Lehrbücher dienen sollen. Schon dadurch war eine völlig veränderte wissenschaftliche Methode bedingt. An die Stelle der ins Breite und Weite sich verlierenden Casuistik tritt das Streben überall auf das begrifflich Allgemeine zurückzugehen und die unübersehbare Masse des überlieferten Stoffes zu bewältigen, indem man sie auf eine Reihe geordneter Lehrsätze in gedrängter Fassung zurückführte. Konnte dasjenige, was anderweitig für die Förderung romanistischer und insbesondere germanistischer Studien geleistet war, auch hier nicht ohne bedeutsamen Einfluß bleiben, namentlich rücksichtlich der Behandlung der Quellen, so wurde dieser Vortheil doch fast aufgehoben durch den Nachtheil, daß es darauf ankam, das gemeine Strafrecht als ein praktisch geltendes quellenmäßig in einem Zeitalter zu behandeln, dessen rechtliches und sittliches Bewußtsein mit dem geltenden Rechte vollständig gebrochen und die Praxis in halt- und schrankenlose Willkür hineingetrieben hatte. In dieser Richtung wurde daher unvermeidlich auch die Doctrin, vermöge ihres Strebens zwischen dem, was das Gesetz und dem, was die criminalpolitischen Anschauungen der Zeit forderten, zu vermitteln mit fortgerissen. Wie hoch daher auch die Criminalisten des 18. Jahrhunderts rücksichtlich ihrer wissenschaftlichen Befähigung über Carpzow stehen mögen, so kann doch von einer zu systematischem Abschlusse gelangten Neugestaltung des deutschen Strafrechtes schon darum nicht die Rede sein, weil das 18. Jahrhundert die Uebergangsperiode bildet, in welcher sich Veraltetes und Neues in wunderlicher Weise mischen, Altes, welches auf Grund der positivrechtlichen Quellen eine Geltung für sich in Anspruch nimmt, die ihm das Leben nicht mehr zugesteht, Neues, welches eine ihm nicht zukommende Geltung zu erschleichen sucht, indem es sich von der Doctrin künstlich ein Gewand umhängen läßt, das den Schein einer positivrechtlichen Begründung erwecken soll, und weil es deshalb unmöglich war, so disparate Elemente zur Einheit zusammen zu fassen. Es erklärt sich hieraus, daß der Fortschritt in der systematischen Gestaltung des Strafrechts, der dem 18. Jahrhundert zu danken ist, weit vorwiegend auf dem Gebiete der allgemeinen

Digitized by Google

strafrechtlichen Lehren gesucht werden muß. Ganz anders verhält es sich mit dem besondern Theile des Systems. Ein oberflächlicher Blick auf die Compendien und Lehrbücher des 18. Jahrhunderts zeigt, daß im Vergleiche mit Carpzow irgend ein nennenswerther Fortschritt in der äußeren systematischen Anordnung des Stoffes nicht erfindlich ist. Wenn aber die Criminalisten des 18. Jahrhunderts, obwohl wissenschaftlich in allen Beziehungen ganz anders ausgerüstet als Carpzow, auch in der Auffassung und Behandlung der einzelnen Verbrechen zwar weit von ihm abweichen, einem systematischen Abschlusse aber nicht näher kamen, so lag die Schuld davon freilich vorwiegend daran, daß es sich hier um eine Aufgabe handelte, welche die Doctrin allein überhaupt nicht mehr zu lösen vermochte. Schon in Betreff derjenigen Lehren des besondern Theils, für welche die Auffassung der Carolina im Wesentlichen bis heut sich als maßgebend behauptet hat, der Lehre von der Tödtung und dem Diebstahl, erzeugte der Umstand, daß das antiquirte Strafensystem der Carolina nicht durch einen Act der Gesetzgebung, sondern eine haltlos schwankende Praxis verdrängt worden war, mancherlei Schwierigkeiten, welche ihren nachtheiligen Einfluß auch auf die Normirung des Thatbestandes ausübten. Auf dem umfangreichen Gebiete der Lehren, für welche, wie für **falsum, stellionatus, crimen vis**, Injurie, das römische Recht die Basis bildete, ist zwar im Vergleiche mit Carpzow der bedeutsame Fortschritt der wissenschaftlichen Behandlung des römischen Rechts unverkennbar, indem es aber nicht bloß auf eine rechtshistorische Behandlung dieser Lehren, sondern darauf ankam, sie unter gänzlich veränderten Zeitverhältnissen für die Praxis zu gestalten, so war der nächste Erfolg nur der, daß zwar die den Quellen wenig entsprechende aber durch die Autorität Carpzow's einheitlich gebildete Praxis zerstört wurde, an ihre Stelle aber nichts als ein Kampf der widersprechendsten Meinungen trat, welcher höchstens den Vortheil gewährte, der Gesetzgebung die Aufgaben kenntlich zu machen, welche sie in dieser Beziehung zu lösen hatte. In noch höherem Maße war den gegen Religion und Sitte gerichteten Verbrechen jede feste Form und Gestalt abhanden gekommen, denn nicht nur, daß die Praxis vielfach eine ganz geringfügige Strafe da für ausreichend erachtete, wo die gemeinrechtlichen Quellen ein todeswürdiges Verbrechen erblickten, so handelte es sich zugleich darum, daß das Zeitalter den Anschauungen völlig entwachsen war, von welchen die Quellen ausgingen, wenn sie die

Digitized by Google

irreligiöse und unsittliche Handlung an sich und als solche für strafbar erachteten, und daß darum die veränderte Auffassung des Grundes der Strafbarkeit auch ihren Einfluß auf die Normirung des Thatbestandes dieser Delicte ausübte. Völlig hilflos und verlassen fand sich endlich die Wissenschaft in der Behandlung der Staatsverbrechen. Schon die Carolina hatte den schwachen Versuch der Bambergensis sich in dieser Lehre an das römische Recht anzulehnen aufgegeben, und hielt in ihren Bestimmungen über die Verrätherei, Aufruhr, bösliches Austreten und Befehden an der schon für ihre Zeit nicht mehr durchaus zutreffenden Voraussetzung der politischen Zustände des Mittelalters fest. Den Forderungen aber, welche in dieser Beziehung das moderne Staatswesen des 18. Jahrhunderts stellte, konnte ebenso die Carolina wie das Unternehmen einer analogen Anwendung der an sich schon höchst schwankenden, unsichern Normen des römischen Rechts nicht entfernt genügen.

§ 5. Den Beginn einer neuen Zeit und einer wirklich systematischen Gestaltung des Strafrechts bezeichnen auf dem Gebiete der Doctrin die Namen Grolman's und Feuerbach's, auf dem der Gesetzgebung das Preußische Allgemeine Landrecht. Schon der Umstand mußte einen bedeutsamen Einfluß ausüben, daß, nachdem Baiern und Oesterreich mit einer Codification vorangegangen waren, nunmehr die gemeinrechtlichen Quellen in einem so großen Theile des deutschen Reichsgebietes ihre Geltung verloren hatten. Die von der Doctrin geforderte, durch rechtsphilosophische und criminalpolitische Untersuchungen vorbereitete Neugestaltung des Strafrechtes auf dem Wege der Gesetzgebung war endlich unternommen worden, und selbst in den übrigen deutschen Territorien überwucherte der Particularismus durch die Praxis und die sporadisch eingreifende Landesgesetzgebung das gemeine Recht mehr und mehr. Damit gewann die Ueberzeugung, daß dem gemeinen Rechte bereits für ganz Deutschland das Todesurtheil gesprochen sei, festen Boden und bald gewöhnte man sich daran, das gemeine Recht als ein nur noch der Doctrin, nicht mehr dem Leben angehörendes Besitzthum zu betrachten. Die Folge davon war immerhin nicht die, daß sich die Doctrin jetzt ausschließlich oder auch nur vorwiegend dem Particularrechte zugewandt hätte. Von dem Codex Maximilianeus und der Theresiana ganz zu schweigen, war auch die Strafgesetzgebung des preußischen Landrechts, obwohl ein Spiegelbild ihrer Zeit, entfernt nicht geeignet, das wissenschaftliche Bewußt-

Digitized by Google

sein und Interesse derselben mit unwiderstehlicher Gewalt an sich zu fesseln. Aber wenn man auch nach wie vor und selbst nach Auflösung des Reiches an der wissenschaftlichen Behandlung des gemeinen Rechts festhielt, so fühlte sich doch die Wissenschaft endlich der undankbaren und sie corrumpirenden Aufgabe: die Stelle der Gesetzgebung zu vertreten, das widerstrebende Quellenmaterial für den, allen Forderungen des Zeitalters entsprechenden praktischen Gebrauch zu präpariren, überhoben. Befreit von solcher Sorge und die Praxis sich selbst überlassend, gelangte die Doctrin erst jetzt dazu mit voller Treue ein den Quellen entsprechendes, von allen Entstellungen und Fälschungen, die das Bedürfniß der Praxis hervorgerufen hatte, befreites Bild des gemeinen Rechtes zu entwerfen, das nun freilich auch gar manche Züge an sich trug, die von rein historischer Bedeutung eine praktische niemals gehabt hatten.

Mit dieser Strenge der quellenmäßigen Behandlung des gemeinen Rechts, durch welche sich die Doctrin seit dem Ende des 18. Jahrhunderts auszeichnet, contrastirt in eigenthümlicher Weise die systematische Gestaltung des Strafrechts. Gerade der Umstand, daß man das gemeine Recht nicht mehr eigentlich als ein praktisch geltendes, sondern als einen nur der historischen Forschung bedürftigen Stoff betrachtete, welcher in Verbindung mit den Ergebnissen rechtsphilosophischer und criminalpolitischer Forschungen für die Neugestaltung der Gesetzgebung zu verwenden sei, brachte es mit sich, daß man sich in Betreff der systematischen Gestaltung des Strafrechts jeder Rücksicht auf die gemeinrechtlichen Quellen überhoben erachtete. So behandeln Grolman und Feuerbach die allgemeinen Lehren des Strafrechts mit vollem Bewußtsein lediglich als rechtsphilosophische unter der Bezeichnung des „allgemeinen Strafrechts“ oder des „philosophischen Theils“, während die Normen des positiven Rechts nur in dem Interesse berücksichtigt werden, zu zeigen, daß die „aus dem Begriffe des Verbrechens entwickelten Folgerungen“ von den Gesetzen „beinah insgesammt bestätigt oder doch wenigstens nicht verworfen werden“. Das wissenschaftliche Verfahren ist aber in dem, als dem positiv rechtlichen bezeichneten, besonderen Theile kein anderes, denn nur der Unterschied findet statt, daß hier das positiv rechtliche Material ein reicheres ist, und quantitativ das der Rechtsphilosophie entlehnte überwiegt.

Auch im besondern Theile bildet die philosophische Begriffs-

Digitized by Google

bestimmung des Verbrechens den Ausgangspunkt. Die Folge davon war, daß für die systematische Gestaltung des besondern Theils jetzt nicht mehr die Frage: welche Handlung ist nach dem Gesetze strafbar, und welches sind im Einzelnen die Voraussetzungen ihrer gesetzlichen Strafbarkeit? das Kriterium bildete, sondern vielmehr die Frage: welche Handlung ist an sich und ihrem Wesen nach verbrecherisch und strafwürdig? Dem Standpunkte der gemeinrechtlichen Quellen entsprechend bildeten bisher gewisse Klassen von Handlungen, für welche die äußere Beschaffenheit der strafbaren Thätigkeit entscheidend war, die Basis des Systems, so die Klasse der strafbar irreligiösen, unzüchtigen, verrätherischen, gewaltthätigen, betrügerischen, injuriösen Handlungen, und nur in beschränktem Maße waren aus diesen umfassenden Kategorien theils durch die Quellen selbst, theils durch Doctrin und Praxis einzelne Verbrechen herausgelöst worden, für welche nicht oder nicht allein die Beschaffenheit der Handlung, sondern das Object des verbrecherischen Angriffs entscheidend war. Jetzt dagegen war das Verbrechen begrifflich vor allem als Rechtsverletzung bestimmt worden und unabhängig vom positiven Rechte gestaltete sich das System nach Maßgabe der Frage: welches rechtliche Gut das Object des Verbrechens bilde. Mit einem Worte, man war endlich zu der Einsicht gelangt, daß nicht das Unrecht, das an sich Begriffslose und Irrationale, sondern nur das Recht Gegenstand eines wissenschaftlichen Systems sein kann, daß für den Thatbestand der einzelnen Verbrechensart nicht die Gestalt der verbrecherischen Thätigkeit, sondern das Rechtsgut, welches Gegenstand des Angriffes ist, das entscheidende Kriterium bildet, daß das System des Strafrechts, insofern ein jedes rechtliche Gut auch mögliches Object des Verbrechens ist, seiner Natur nach nur ein Abbild des gesammten Rechtssystemes sein kann. So entstand ein strafrechtliches System, das den gemeinrechtlichen Quellen durchaus fremd war, aber gleichwohl ein positivrechtliches sein sollte. Während daher die Wissenschaft gerade erst jetzt zu einer auf historischer Forschung beruhenden streng quellenmäßigen Behandlung des positiven Rechts gelangte, entfremdete sie, wo es auf die systematische Darstellung des gemeinen Rechtes ankam, dieses seinem ursprünglichen geschichtlich begründeten Charakter vollständig, indem sie das positiv rechtliche Material nach Bedürfniß zerriß und zerschnitt, um die unabhängig von ihm aufgestellten strafrechtlichen Kategorien damit zu erfüllen und zu bekleiden. Welche Mittel bieten die gemeinrechtlichen Quellen dar,

Digitized by Google

um die an sich verbrecherischen und strafwürdigen Handlungen strafrechtlich zu verfolgen, das ist die Frage, die man zu beantworten sucht. Insoweit daher die wissenschaftliche Construction des Thatbestandes bestimmter Verbrechensarten, wie z. B. der Tödtung, des Diebstahls, der Auffassung der Quellen entspricht, ist der Grund davon weniger die verbindliche Kraft des Gesetzes, als vielmehr die Uebereinstimmung desselben mit dem wissenschaftlichen Bewußtsein der Zeit. Wo diese mangelt, construirt die Wissenschaft strafrechtliche Kategorien, welche, wie das Verbrechen der Gesundheitsbeschädigung, das Verbrechen wider die persönliche Freiheit, das Duell, als solche den Quellen ganz unbekannt sind, und bei denen es sich dann darum handelt zu untersuchen, inwieweit andere quellenmäßige Kategorien, die Injurie, das crimen vis, die Selbsthilfe, die Möglichkeit einer Bestrafung darbieten.

Die Art aber, wie sich bei Grolman, und in gleicher Richtung noch bestimmter ausgebildet bei Feuerbach, das System im Einzelnen gestaltet, wird durch ihre rechtsphilosophische Richtung und die damit zusammenhängende Auffassung der Rechtsverletzung bedingt. Von den gemeinen Verbrechen werden zunächst die besondern oder Amtsverbrechen geschieden. Was die gemeinen Verbrechen betrifft, so erscheinen als die Subjecte, deren Recht durch das Verbrechen verletzt werden kann, der Staat und die Privatperson, daher die Unterscheidung der öffentlichen und Privatverbrechen. Die öffentlichen Verbrechen richten sich entweder gegen die moralische Person des Staates und den Regenten als solchen, oder als „Regierungsverbrechen" gegen einzelne Gewalten des Staates. Die Privatverbrechen haben zum Gegenstande entweder die „ursprünglichen Rechte des Bürgers", Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, oder die erworbenen Rechte, die entweder in individuell gefährlicher oder gemeingefährlicher Weise angegriffen werden. Zu den erworbenen Rechten gehören aber nicht nur die Vermögensrechte, sondern auch die aus dem „ehelichen Vertrage" entspringenden. Eine besondere Klasse der gemeinen Verbrechen bilden die vagen, welche als formell vage erscheinen, sofern sie, ohne einen bestimmten Gegenstand, Erfolg oder Zweck der That zu fordern, nur durch die Form der Handlung selbst zur Uebertretung werden, oder als materiell vage, sofern ihr Thatbestand zwar einen bestimmten Gegenstand, nicht aber eine bestimmte Verletzung voraussetzt, indem das Delict bald eine wirkliche Rechtsverletzung ist, bald nicht, und selbst in jenem Falle die Verletzung verschiedener Rechte umfaßt. Endlich aber

Digitized by Google

blieb noch eine Reihe von Delicten übrig, welche sich dem Systeme darum nicht fügen wollten, weil es bei ihnen unmöglich schien das Recht anzugeben, das den Gegenstand der Verletzung bilde. Sie wurden daher als Polizeivergehen von den eigentlichen Verbrechen ganz ausgeschieden, wobei sich freilich das Mißverhältniß ergab, daß Delicte, welche das gemeine Recht als schwere, todeswürdige Verbrechen betrachtete, hier als bloßes polizeiliches Unrecht erschienen.

An die Feuerbach'sche Systematik lehnte sich die nächste Generation der deutschen Criminalisten an. Während ihr Salchow unbedingt folgt, versuchen Martin, Henke, Abegg, Klenze sie im Einzelnen zu corrigiren. Zunächst wurde die Haupteintheilung der Verbrechen in gemeine und besondere aufgegeben, indem man die Amtsverbrechen zu den öffentlichen oder Staatsverbrechen stellte. Ebenso erregte die Feuerbach'sche Unterscheidung der Verbrechen und Polizeivergehen, oder wie es jetzt gewöhnlich bezeichnet wurde: der Rechts- und Polizeiverbrechen Bedenken, und indem man den Unterschied der Privat- und Staatsverbrechen festhielt, wurde diesen beiden eine dritte Klasse von Verbrechen coordinirt. Martin bezeichnet sie als die der gemischten Staats- und Privatverbrechen, und, während er die Polizeivergehen als gegen die Polizeigewalt des Staates gerichtet zu den öffentlichen Verbrechen stellt, rechnet er hierher: Ehebruch, Bigamie, Nothzucht, Entführung, Raub, Urfehdebruch, Störung des Gottesdienstes und die Verrätherei im Sinne der Carolina. In gleicher Weise stellen Abegg und Klenze die Polizeivergehen in die Klasse der Staatsverbrechen, welche Abegg näher als Verbrechen gegen Gemeinwesen und Staat bezeichnet, und zu ihnen auch die gemeingefährlichen rechnet, wogegen neben die Privat- und Staatsverbrechen als dritte Klasse die Verbrechen gegen Sitte und Religion treten. Henke dagegen unterscheidet von den Privat- und Staatsverbrechen die gegen das Gemeinwesen gerichteten, welche neben den Feuerbach'schen Polizeivergehen die gemeingefährlichen und die Verbrechen gegen die öffentliche Treue und öffentlichen Glauben umfassen. Endlich aber bereitete auch noch die Feuerbach'sche Unterscheidung der determinirten und der vagen Verbrechen Schwierigkeiten, und dies um so mehr, als zu jener Zeit die Auffassung namentlich der s. g. formell vagen in der Doctrin wie in der Gesetzgebung eine sehr schwankende war. Martin gab ihnen unter der Bezeichnung: „Verbrechen einer schwankenden Beschaffenheit", noch eine größere Ausdehnung, indem

Digitized by Google

er zwar die abortus procuratio und Unfruchtbarmachung ausschied, dafür aber die gemeingefährlichen Verbrechen als schwankende betrachtete. Anders Abegg, welcher die selbständige Kategorie der materiell vagen Verbrechen aufgab, indem er die Castration zu den Gesundheitsbeschädigungen stellte, die Kindesabtreibung und die Aussetzung als unbestimmte Verbrechen an der Persönlichkeit bezeichnete, dagegen Gewalt, Betrug, Fälschung und Erpressung als die formalen Verbrechen, im Gegensatze zu allen übrigen als den materiellen Verbrechen, an die Spitze des Systems stellte. Henke und Klenze ließen die Kategorie der vagen oder formalen Verbrechen ganz fallen, ersterer, indem er die formalen Verbrechen Abegg's in Verbindung mit der Brandstiftung und dem Raube als Verbrechen an der Person und dem Eigenthum eines Andern zu den Privatverbrechen stellte, letzterer, indem er Betrug und Erpressung zu den Verbrechen gegen fremdes Gut, die Gewalt zu den Polizeiverbrechen, die Fälschung zu den Verbrechen gegen die Sitte rechnete. Der gleichen unter dem Einflusse Feuerbach's stehenden Richtung gehören auch Tittman und Bauer an, obwohl sie auf eine strengere Klassification kein Gewicht legen, sondern die verschiedenen Verbrechensarten, in der Weise der älteren Criminalisten in einer Reihe coordinirter Kapitel abhandeln.

Neben dieser von Feuerbach ausgehenden Richtung fehlte es aber auch nicht an Versuchen auf anderem Wege zu einer systematischen Gestaltung des besondern Theiles zu gelangen. Der wunderliche Gedanke, die Verbrechen nach Art und Maß der Strafe zu ordnen[1]), konnte freilich keinen Anklang finden. Bedeutsamer war der Versuch auch in Betreff der Systematik auf die historische Basis der gemeinrechtlichen Quellen zurückzukehren. So weit er überhaupt gelingen konnte, war dies nur auf dem von Wächter[2]) eingeschlagenen Wege möglich, indem er, dem Standpunkte der Carolina entsprechend, das römische Strafrecht als die Basis betrachtete, dem die deutschrechtlichen Elemente einzufügen seien. Eine dem Sinne der Quellen nicht entsprechende Conzession an die herrschende Richtung der Zeit war es freilich, wenn er die Feuerbach'sche Unterscheidung der Rechts- und Polizeiverbrechen beibehielt. Für die Anordnung der einzelnen Rechtsverbrechen bilden die Rechte

1) Stadler über Eintheilung der Verbrechen in Staats- und Privat-Verbrechen. Heidelberg 1824.

2) Vorrede zum 2. Theile des Lehrbuchs.

Digitized by Google

oder Verbindlichkeiten, deren Verletzung sie enthalten, so wie die Rücksicht diejenigen Verbrechen voranzuschicken, deren vorangegangene Entwickelung zum Verständniß des Folgenden nöthig ist, das Kriterium. Unvermeidlich aber wurde diese Anordnung mehrfach vermöge des Umstandes durchbrochen, daß die Quellen sich von diesem Gesichtspunkte nicht haben leiten lassen, sondern zum Theil sehr verschiedenartige Rechtsverletzungen in eine strafrechtliche Kategorie zusammenfaßten. An die Spitze des Systems stellt Wächter das Verbrechen der Gewaltthätigkeit und die Injurien, um ihnen die unmittelbar gegen die Persönlichkeit gerichteten Verbrechen folgen zu lassen, während sodann das **falsum** die Vorbereitung für die Verbrechen gegen das Vermögen bildet. Aber schon mit dem **crimen vis** werden Nothzucht, Entführung, Menschenraub, Landfriedensbruch und Landzwang, Concussion, Störung des Gottesdienstes, Selbsthilfe und Aufruhr, als Formen desselben, wie mit dem **falsum** die Münzverbrechen, Meineid und Calumnie behandelt. Als eine dem Geiste der Quellen entsprechende Auffassung wird es ferner nicht betrachtet werden können, wenn unter der Kategorie der Vertragsverletzungen die auf das Vermögen sich beziehenden derartigen Delicte mit Ehebruch und Bigamie zusammengefaßt werden. Den Schluß der Rechtsverbrechen bilden dann die Verletzung der Amtspflicht und das **crimen majestatis**.

In ähnlicher Weise geht Roßhirt[1]) davon aus, daß „ohne weitere Eintheilung und höhere Begriffsbildung die Gattungen der Verbrechen, welche entweder in der **Carolina** oder schon von den Römern aufgestellt sind, in eben so vielen Kapiteln abgehandelt werden" müssen. Zu einem andern Resultate als Wächter gelangt er aber darum, weil er bei der Begrenzung und systematischen Anordnung der Verbrechensarten sich in erster Linie der Auffassung des kirchlichen und germanischen Rechtes anschließt, dann betreffenden Ortes das einzuschieben und anzufügen sucht, was den Quellen des römischen Rechts entnommen werden muß. In gleicher Weise verfährt Jarcke.

§ 6. Durch diese Versuche war es klar geworden, daß auf solchem Wege zu einer den Forderungen der Gegenwart entsprechenden Gestaltung des Systems nicht zu gelangen sei. Weiteren Versuchen in solcher Richtung trat überdies der mächtige Einfluß ent-

1) Lehrbuch des Criminalrechts und Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts.

Digitized by Google

gegen, welchen die seit den dreißiger Jahren rasch fortschreitende Gesetzgebung auf die Doctrin ausübte. Die Hartnäckigkeit, mit welcher man anfangs noch auf dem gewohnten Wege fortwandelte, mit der man jeden Einfluß der Auflösung des Reiches und des immer mächtiger anschwellenden Stromes der Landes-Gesetzgebung auf die Bedeutung des gemeinen Rechts glaubte ignoriren oder leugnen zu dürfen[1]), die selbst den Gedanken auftauchen ließ, das Mittel einer neuen lebendigen Fortbildung des gemeinen Rechts könne gewonnen werden, indem man nach dem Vorbilde Carpzow's durch Sammlung von Relationen und Urtheilssprüchen ein treues Bild der gemeinrechtlichen Praxis entwerfe[2]), wurde endlich gebrochen. Immer entschiedener machte sich das Bewußtsein geltend, einerseits, daß das gemeine Strafrecht, trotz fortdauernder praktischer Geltung in einigen deutschen Ländern, ein, jeder gemeinrechtlichen Fortbildung unfähiger, nicht mehr dem Leben, sondern nur noch der Geschichte angehörender Stoff sei, andrerseits, daß das Particularrecht nicht nur einer wissenschaftlichen Behandlung ebenso fähig als bedürftig, sondern auch als ein Zeugniß und eine Frucht deutschnationaler Rechtsbildung zu betrachten und von der Doctrin zu behandeln sei. Die Fragen aber: welches die Aufgabe der Wissenschaft den gegebenen strafrechtlichen Zuständen der Gegenwart gegenüber sei, wie das von der Landesgesetzgebung dargebotene Material zu benutzen und zu verwenden, welches die Bedeutung des gemeinrechtlichen Stoffes und welches sein Verhältniß zum Particularrechte sei, ob sich die Doctrin durchaus auf das Gebiet des Particularrechts zurückzuziehen habe, oder ob und in welchem Sinne auch ferner von einem Systeme des gemeinen Rechts die Rede sein könne, sind freilich in sehr verschiedener Weise beantwortet worden[3]), Fragen, welche mit dem Erscheinen des heutigen deutschen Strafgesetzbuches ihre Erledigung gefunden haben. Mit

---

1) Grolman, Meister, Salchow Lehrb. § 2. Jarcke I. 7—8. Bauer § 2. Reyscher in der Ztschrft. f. deutsch. R. I, 11 f. VII, 121 f.

2) Hitzig in seinen Annalen II, 196. Hänlein in Sarwey's Monatsschrft. I, 352.

3) Vgl. Luden Handb. I, 109. Geib im A. 1836 S. 201. Breidenbach Comment. z. hessisch. Strfgesetzb. I, 2. S. 4. Stein in den deutsch. Jahrb. 1842 Nr. 70. Wächter gem. Recht Deutschl., insbesondere gem. deutsch. Strafr. Heffter Lehrb. des gem. deutsch. Strafr. mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte. Marezoll das gemeine deutsche Strafr. als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen. Hepp Comment. zum

Digitized by Google

einer Einheit der Strafgesetzgebung wie sie in solchem Maße Deutschland noch nie besessen hat, ist endlich die Doctrin allen Bedenken und Zweifeln in Betreff ihrer Aufgabe enthoben und mehr und mehr auch zur Praxis in das richtige Verhältniß förderlicher Wechselwirkung getreten.

§ 7. In Betreff der Systematik, namentlich des besonderen Theiles, liegt es in der Natur der Sache, daß eine volle Uebereinstimmung der Gesetzgebung und Doctrin nicht zu erwarten ist. Insoweit auch das deutsche Strafgesetzbuch, der bisherigen Gesetzgebung folgend, lediglich in Rücksicht auf Art und Maß der Strafe alle strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen unterscheidet, kann diesem Unterschiede ein Einfluß auf die Systematik umsoweniger eingeräumt werden, als das Gesetzbuch selbst in seiner Anordnung des Stoffes sich von ihm nicht hat bestimmen lassen. Dem Beispiele, welches das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 durch eine gesonderte Behandlung der Verbrechen und Vergehen gab, ist das deutsche Strafgesetzbuch so wenig wie die bisherige Gesetzgebung gefolgt. Dagegen behandelt es, und gewiß mit Recht, die Uebertretungen in einem besonderen Abschnitte. Im Systeme werden dagegen nicht nur Verbrechen und Vergehen, sondern auch die Uebertretungen, so weit es sich nicht um ein lediglich polizeiliches Unrecht handelt, und die Gleichartigkeit der Rechtsverletzung dies erfordert, zusammen zu fassen sein. Allerdings sind es nur sehr wenige Uebertretungen die in dieser Beziehung in Betracht kommen, da das deutsche Strafgesetzbuch, abweichend vom preußischen, mehrere Fälle des criminellen Unrechts von den Uebertretungen ausgeschieden hat, und deshalb der neunundzwanzigste Abschnitt fast ausschließlich Fälle des polizeilichen Unrechts umfaßt. Diese bleiben hier um ihres sehr untergeordneten wissenschaftlichen Interesses willen von der Betrachtung ausgeschlossen.

Soweit es sich um die Verbrechen und Vergehen handelt kann es für die Gesetzgebung nur darauf ankommen die strafbaren Handlungen in eine zweckmäßige, übersichtliche Ordnung zusammen zu fassen, während sie die Systembildung der Doctrin zu überlassen hatte. Wofern man sich dadurch nur nicht zu Fehlern in der Normirung des Thatbestandes der einzelnen Delicte verleiten läßt,

---

würtemb. Strafgb. II. III Vorrede. Mittermaier die Strafgesetzgeb. in ihrer Fortbildung II, S. 9. Häberlin Grundsätze des Criminalrechts nach den deutsch. Strafgesetzgebungen. Köstlin System des deutschen Strafrechts.

Digitized by Google

ist daher an sich nichts dagegen einzuwenden, wenn die Gesetzgebung bei der Klassifizirung der Delicte nicht an einem folgerecht durchgeführten Kriterium festhält, wenn sie das einemal, von dem Gesichtspunkte der Art der Rechtsverletzung ausgehend, Verbrechen gegen das Leben, die Gesundheit, die Freiheit unterscheidet, das andremal, — wie bei den Delicten wider die öffentliche Ordnung, gegen die Sittlichkeit, Vergehen welche sich auf die Religion beziehen, dem strafbaren Eigennutze — irgend ein anderes Moment der Verwandtschaft dieser Delicte, sollte es auch gar nicht einmal von entscheidender Bedeutung für den Thatbestand der betreffenden Delicte sein, zum Kriterium macht. Einer derartigen legalen Ordnung auch in der wissenschaftlichen Behandlung zu folgen, wird aber weder als zweckmäßig noch als den Anforderungen der Systematik entsprechend zu betrachten sein[1]), vielmehr werden legale Kategorien, die, ohne rechtlichen Werth, nur die Bedeutung eines Rubrums haben, aufzulösen sein, um die zerstreuten Theile anderweitig an gehörigem Orte einzuordnen. Ein gleiches Verfahren wird mitunter auch da nothwendig, wo das Gesetz, um irgend welcher Verwandtschaft willen, ein Delict einer Art von Rechtsverletzungen eingeordnet hat, zu welcher es gerade nach diesem Kriterium nicht gehört.

Die nach dem älteren gemeinen Rechte unvermeidliche Unterscheidung der materiellen und formalen Delicte kommt heut nicht mehr in Betracht, da das jetzige gemeine Recht formale Delicte nicht kennt.

Bildet das Rechtsgut, gegen welches der strafbare Angriff sich richtet, das Kriterium der Eintheilung, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß vor allem die Delicte gegen die Person und die gegen den Staat zu unterscheiden sind, und ebensowenig dies, daß jene zuerst zu behandeln sind, weil der complicirtere Thatbestand aller übrigen Delicte vielfach den Thatbestand der gegen die Person gerichteten zur Voraussetzung hat[2]).

Die Unterscheidung der gegen die Person und der gegen den Staat gerichteten Delicte ist aber keine das ganze Gebiet der

---

1) Der legalen Ordnung folgt das Lehrbuch von Berner und das Holtzendorff'sche Handbuch und „soweit irgend thunlich" auch das Lehrbuch von Schütze.

2) Vgl. Lehrbuch von H. Mayer S. 421 f. von Liszt das deutsche Reichsstrafrecht S. 229 f. Geyer in Holtzendorff Encyklopädie 4. Aufl. I. S. 924 f.

Digitized by Google

Strafgesetzgebung erschöpfende, denn es bleibt eine Reihe von Delicten übrig, deren Einfügung in das System bisher in verschiedener Weise unternommen worden ist. Wenn diese Delicte hier als die Delicte gegen die Familie und die gegen Güter der Gesellschaft zusammengefaßt werden, so wird dies späterhin näher zu rechtfertigen sein.

Das gemeine in Deutschland geltende Strafrecht umfaßt aber neben dem Strafgesetzbuche für das deutsche Reich noch eine beträchtliche Zahl von Strafbestimmungen, welche in Specialgesetzen enthalten sind. Wenn diese in der nachfolgenden Darstellung nur theilweise berücksichtigt werden, so erklärt sich dies zunächst daraus, daß es sich bei ihnen vielfach, wie bei den Uebertretungen des Strafgesetzbuches, um Strafbestimmungen von sehr untergeordnetem Interesse handelt. Es erklärt sich ferner zum Theile aus einer Rücksicht die auch für die Gesetzgebung entscheidend war. Vielfach sind spätere das Strafgesetzbuch modificirende oder ergänzende Strafbestimmungen in dieses selbst eingefügt worden. Wenn dies nicht bei allen nach dem Strafgesetzbuche erlassenen gemeinrechtlichen Strafbestimmungen geschah, so war der Grund dafür in der Regel der, daß sie mit einem, oft umfangreichen, gesetzlich geordneten Rechtsstoffe, der seinerseits dem Strafrechte nicht angehört, in Verbindung stehen und von ihm nicht füglich losgelöst werden konnten, um an einen andern Ort verwiesen zu werden. Manche derartige Strafbestimmungen lassen gleichwohl, auch losgelöst vom weiteren Inhalte des Gesetzes, eine entsprechende wissenschaftliche Behandlung zu und werden weiterhin berücksichtigt werden, während andere zweckmäßiger der monographischen Behandlung in Verbindung mit dem Ganzen des betreffenden Gesetzes überlassen bleiben.

Daß endlich auch die Strafbestimmungen des Militär-Strafgesetzbuches von der Betrachtung hier ausgeschlossen und der selbständigen wissenschaftlichen Behandlung der Militär-Strafgesetzgebung überlassen bleiben, bedarf keiner weiteren Rechtfertigung.

---



Digitized by Google

Digitized by Google

# Erster Abschnitt.

# Delicte gegen die Person.

## Erstes Kapitel.

## Delicte gegen das Leben.

### Literatur.

Osenbrüggen Das altrömische Parricidium 1841. — Gorius de parricidii notione 1869. — Köstlin Die Perduellio 1841. — Allfeld Die Entwickelung des Begriffes Mord bis zur Carolina 1877. — Hälschner System des preuß. Strafrechts II S. 19 f. — Egger Ueber Mord und Todtschlag 1816. — Köstlin Mord und Todtschlag 1838. — Temme Lehre von der Tödtung 1839. — Birnbaum Die verschiedenen Arten strafbarer Tödtung im Archiv des Crim.-R. 1832 S. 88. — Abegg Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft II. — Mittermaier Lehre vom Morde und Todtschlage in Goltdammer Arch. II S. 141. — v. Buri Zur Lehre von der Tödtung ebend. XI S. 753, XII S. 3. — John Die Bestimmungen der deutsch. Strafgesetzgebung über Mord und Todtschlag in d. Allg. deutsch. Strafrsztg. 1866 und in Goltd. Arch. XXV S. 393. — Derselbe in seinem „Entwurf" S. 43. 428. — v. Holtzendorff Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe. — Derselbe Die Psychologie des Mordes. — Zimmermann Ueber strafloſe Tödtungen, im Gerichtssaal 1882 S. 266.

### 1. Thatbestand der Tödtung.

§ 8. Das Verbrechen der Tödtung setzt in allen seinen verschiedenen Formen voraus, daß der Thäter einen andern Menschen widerrechtlich seines Lebens beraubt hat. Wenn dieses Verbrechen in Rücksicht auf das Maß der Schuld und Strafbarkeit sich so verschieden zu gestalten vermag, daß es für die Gesetzgebung unmöglich wird alle Formen seiner Begehung in eine Strafsatzung zusammenzufassen, so rechtfertigt es sich wenn das deutsche Strafgesetzbuch, ebenso wie die älteren gemeinrechtlichen Quellen[1]) und

1) Birnbaum a. a. O. S. 88 f.

Digitized by Google

die meisten neueren Strafgesetzbücher, darauf verzichtet hat den Thatbestand der Tödtung in allgemeiner Weise festzustellen, ebenso aber auch vom Standpunkte der Wissenschaft aus, wenn die Momente des Thatbestandes, welche allen Begehungsformen des Verbrechens gemein sind, in allgemeiner Weise zusammengefaßt werden, bevor zur Erörterung der Momente übergegangen wird, auf denen der Unterschied der besonderen Formen seiner Begehung beruht.

Das Verbrechen der Tödtung erfordert 1. als Object einen lebenden Menschen, welcher nicht der Thäter selbst ist. Obwohl das Gesetz nur von vorsätzlicher und fahrlässiger Tödtung eines Menschen, nicht eines anderen Menschen spricht, wird doch nicht zu besorgen sein, daß je über die Straflosigkeit des Selbstmordes ein Zweifel entstehen könnte. Zweifelhaft könnte höchstens die Frage erscheinen ob, wenn zwar nicht der Selbstmord, auch nicht der versuchte, so doch die Theilnahme an ihm strafbar sei. Entscheidend ist aber in dieser Beziehung, daß der Selbstmord als eine nicht rechtswidrige Handlung straflos erscheint, und von einer strafbaren Theilnahme am Selbstmorde nur die Rede sein könnte, falls dieser als eine an sich rechtwidrige, strafwürdige, vom Gesetze nur aus criminalpolitischen Rücksichten für straflos erklärte That angesehen werden dürfte[1]). Wäre der Gesetzgeber von dieser letzteren Auffassung ausgegangen, so hätte er folgerecht die Straflosigkeit des Selbstmordes ausdrücklich aussprechen müssen. Das Schweigen des Gesetzes kann darum nur dahin gedeutet werden, daß es den Selbstmord als nicht rechtswidrig betrachtet, und daß darum auch von einer strafbaren Theilnahme am Selbstmorde nicht die Rede sein kann[2]).

1) Vgl. oben Bd. 1. S. 468.

2) Holtzendorff in dessen Hdbch. III S. 416. Bei der Redaction des preuß. Strfgb. war man über die Straflosigkeit des Selbstmordes von vornherein einverstanden und betrachtete es als nothwendige Consequenz hiervon, daß eine anfangs aufgenommene Strafbestimmung für die Beihilfe zum Selbstmorde zu beseitigen sei. Goltd. Mat. II S. 364. Dem entsprechend ist das Schweigen des Gesetzes über den Selbstmord wie von der Doctrin, so von der preuß. Praxis gedeutet worden. Bei der Redaction des deutsch. Strfgb. scheint die Strafbarkeit des Selbstmordes oder der Theilnahme an ihm überhaupt nicht in Frage gekommen zu sein. Die Straflosigkeit ist allseitig anerkannt, und nur Schütze S. 104, vgl. Nothwendige Theilnahme S. 288 f., betrachtet die Theilnahme am Selbstmorde für strafbar. Wie nach der Meinung Oppenhoffs § 211 Nr. 7 die Beihilfe zum Selbstmorde bedingungsweise als fahrlässige Tödtung strafbar sein könnte, ist unverständlich.

Digitized by Google

Als Mensch und darum als mögliches Object des Verbrechens der Tödtung ist jede wirklich lebende menschliche Leibesfrucht anzusehen, da es lebende wahre Monstra im Sinne des gemeinen und des preußischen Landrechts nicht giebt[1]), und auch die weitgehendsten Mißbildungen dem von Menschen gebornen lebenden Wesen die Bedeutung Mensch zu sein, nicht entziehen.

Für die strafrechtliche Würdigung der Tödtung eines lebenden Menschen ist ferner auch die Frage nach seiner Lebensfähigkeit ohne Bedeutung. Wer lebt erweist sich damit als lebensfähig und als mögliches Object strafbarer Tödtung, sollte auch in Folge von Krankheit, Verwundung, sein in kurzer Zeit erfolgender Tod mit Sicherheit vorher zu sehen sein. Gleichwohl hat man noch bis in neuere Zeit diesen Grundsatz in Betreff des neugebornen, lebenden aber wegen Bildungsfehlers als lebensunfähig bezeichneten Kindes, verleugnet[2]). Gewiß wird der Arzt das neugeborne Kind als lebensunfähig bezeichnen dürfen, wenn er wegen vorzeitiger Geburt oder Bildungsfehlers dessen demnächst eintretenden Tod glaubt vorhersagen zu können. Die ärztliche Unterscheidung des lebensfähig und lebensunfähig gebornen Kindes gewinnt ein Interesse für das Strafverfahren nur, sofern es im concreten Falle darauf ankommt die Frage zu beantworten, ob das angeblich getödtete Kind gelebt habe, und aus der nach wissenschaftlichen Normen festgestellten Lebensfähigkeit oder Unfähigkeit eine Schlußfolgerung zu ziehen. Für den Richter aber ist immer nur die Frage entscheidend ob das Kind gelebt hat, nicht ob es fähig war sein Leben auf irgend welche längere Zeit fortzusetzen[3]).

2. Subject der strafbaren Tödtung kann im Allgemeinen, so-

---

1) Böcker Handb. d. gericht. Medizin S. 292. — Schürmayer Gericht. Medizin § 132. — Skrzeczka in Goltd. Arch. XIV S. 513. Von den neueren Strfgb. hatte noch das braunschweigsche Tödtung der Mißgeburt mit obrigkeitlicher Erlaubniß gestattet. Wunderlicher Weise hält noch Berner S. 479 an der straflosen Tödtung der Mißgeburt fest. Vgl. dagegen Hälschner Syst. II S. 72. Holtzendorff in dessen Hdbch. III S. 413.

2) So noch Mittermaier im N. A. 1825 S. 318. Wächter II S. 166, Heffter § 258.

3) Schürmayer Gericht. Medizin § 166. Böcker in Friedberg und Schneider Ztschft. f. Staatsarzneikunde 1857 u. Goltd. Arch. V S. 339 f. 634 f. Orthmann ebenda V S. 1. Löwenhardt ebenda V S. 433. Skrzeczka ebenda XIV S. 513. Oppenhoff § 217 Nr. 5. Olshausen § 211 Nr. 1.

Digitized by Google

weit nicht gewisse besondere Tödtungsfälle in Betracht kommen, jeder zurechnungsfähige Mensch sein.

3. Die Handlung ist zunächst nothwendig eine widerrechtliche, womit jede Art strafloser, berechtigter Tödtung, die Tödtung in Nothwehr, Tödtung des zum Tode Verurtheilten durch den dazu Berufenen, Tödtung in rechtmäßiger Ausübung obrigkeitlichen Zwanges, Tödtung des bewaffneten Feindes im Kriege durch Soldaten, vom Verbrechen der Tödtung ausgeschlossen ist[1]). Die nähere Beschaffenheit der rechtswidrigen, tödtenden Handlung ist gleichgiltig. Sie wird entweder in einer äußeren Einwirkung auf den Körper des Getödteten, in einer Körperverletzung, Verwundung, oder in dem Beibringen innerlich wirkender, die Gesundheit zerstörender Stoffe bestehen, kann aber auch als negative Handlung erscheinen, als ein Unterlassen, und die Frage unter welchen Bedingungen ein Unterlassen als eine den Tod verursachende Handlung zu betrachten sei, ist nach den oben entwickelten Normen zu beantworten[2]). Als tödtende kann die Handlung nur erscheinen, wofern sie mit dem eingetretenen Tode in ursächlichem Zusammenhange steht. Wenn dieses Causalitätsverhältniß meistens nur durch eine Schlußfolgerung festgestellt werden kann, so haben die Grundsätze der gerichtlichen Medizin über die Lethalität der Wunden und sonstiger Gesundheitsbeschädigungen allerdings ihren Werth, sofern es darauf ankommt, nach Regeln der Wissenschaft die Prämissen festzustellen, aus denen das Causalitätsverhältniß der Handlung und des Todes gefolgert werden kann[3]). Für die strafrechtliche Beurtheilung ist dagegen die bloße Feststellung jener Prämissen bedeutungslos, da vielmehr überall die Feststellung des Causalitätsverhältnisses, oder des Mangels eines solchen erfordert wird. Um den Gefahren zu begegnen, welche aus der Lehre der gerichtlichen Medizin von der

---

1) Abegg Untersuchungen aus dem Gebiete d. Strafrechtswissenschaft II. Marezoll S. 353. Holtzendorff a. a. O. S. 421 f. Olshausen § 211 Nr. 4. Dagegen Rubo § 211 Nr. 2. Der Gebrauch von Waffengewalt gegen Widersetzliche ist meist durch Landesgesetze für Polizeibeamte, Gendarmerie, Forstbeamte, Grenzaufseher näher geordnet. Gemeinrechtlich kommen in Betracht Preuß. Gesetz über den Waffengebrauch des Militärs v. 20. März 1837. Militär-Strfgb. § 124. 125. Seemanns-Ordnung von 1872 § 79. Vgl. Zimmermann Ueber strafloße Tödtungen, im G.-Saal 1882 S. 266.

2) Vgl. Bd. 1 § 107—109.

3) Vgl. Casper-Liman Handbuch der gerichtlichen Medizin. 5. Aufl. 1871 und Liman in Holtzdf. Hdbch. III S. 482 f.

Digitized by Google

Tödtlichkeit der Verletzungen für die Praxis wie für Gesetzgebung und Doctrin vielfach erwachsen sind, hatte das preußische Strafgesetzbuch in § 185 eine ausdrücklich darauf bezügliche Bestimmung aufgenommen, die das deutsche Strafgesetzbuch als selbstverständlich und entbehrlich weggelassen hat[1]). Ist, eventuell unter Mitwirkung des Gerichtsarztes, das ursächliche Verhältniß der Handlung und des Todes festgestellt, so bleibt es selbstverständlich die weiter zu beantwortende Frage ob und inwieweit die Tödtung dem Thäter als verschuldet zuzurechnen sei.

## 2. Die fahrlässige Tödtung.

§ 9. Eine fahrlässige Tödtung[2]) findet statt, wenn der Thäter, ohne die Absicht zu tödten, durch seine Handlung den Tod eines Menschen verursacht. Die Frage ob die mit dem Tode eines Menschen in ursächlichem Zusammenhange stehende Handlung als eine schuldhafte, und der Tod als durch Fahrlässigkeit verursacht zuzurechnen sei, kann nur im concreten Falle unter Berücksichtigung der allgemeinen die Zurechnung zur culpa betreffenden Normen beantwortet werden, und jedenfalls darf der schwerwiegende Erfolg nicht Anlaß werden von diesen Normen nach der einen oder anderen Seite abzuweichen. Kann bei der Tödtung so wenig wie bei irgend einem anderen Delicte ein gewisses nur geringes Maß der Verschuldung von Strafe frei bleiben[3]), so darf auch andrerseits die Verantwortlichkeit nicht über das richtige Maß hinaus ausgedehnt werden. Letzteres ist besonders zu beachten in Fällen der Tödtung, in denen der ursächliche Zusammenhang der Handlung des Beschuldigten und der erfolgten Tödtung durch die Handlung eines andern Menschen vermittelt wird. Ganz gewiß kann der Umstand, daß die Handlung des Beschuldigten nicht unmittelbar, sondern

---

1) Motive z. I. Entwf. S. 159.

2) Geib im Arch. 1888 S. 584 f. Mittermaier ebenda 1853 S. 1. 1855 S. 305 f. und im G.-Saal X S. 1 f. Jesse in Goltd. Arch. II S. 491.

3) In der Doctrin wird noch vielfach, dem Gutachten Savigny's bei Goltd. Mat. I S. 520 folgend, in allgemeiner Weise an dem Satze festgehalten, daß levissima culpa wohl civilrechtlich, nicht strafrechtlich verantwortlich mache, — so Berner § 97. Schwarze S. 20 und zu § 222 Nr. 5, Schaper in Holtzdf. Hdbch. II S. 181 — so insbesondere auch in der Praxis rücksichtlich der fahrlässigen Tödtung, Goltd. Arch. XV S. 15. XXI S. 604. Pezold § 222 Nr. 2. Vgl. dagegen oben Bd. I S. 322.

Digitized by Google

erst durch Vermittelung einer weiteren an sie sich anschließenden Handlung einer anderen Person die Tödtung herbeiführte, diesen nicht unbedingt von der Verantwortlichkeit für fahrlässige Tödtung befreien. Die rechtlich geforderte Vorsicht hat nicht bloß die Bedeutung, daß der Handelnde die ihm bekannte Wirksamkeit des Naturcausalismus zu berücksichtigen habe, denn er hat ebenso zu erwägen, welche Folgen sich aus seiner Handlung in Verbindung mit dem herkömmlichen, ordnungsmäßigen Benehmen anderer Menschen, oder auch in Verbindung mit dem, aus ihm bekannter Lebensgewohnheit entspringendem, constantem Handeln bestimmter Menschen ergeben können [1]). Dagegen ist es unzulässig, Jemanden wegen fahrlässiger Tödtung auch dann verantwortlich zu machen, wenn seine Handlung den Tod eines Menschen nur unter der Voraussetzung zur Folge haben konnte, daß ihn ein Anderer durch sein schuldhaftes, fahrlässiges Handeln herbeiführte. Der Vorsichtige wird freilich wohl nicht selten bei seinem Verhalten auch mit der möglichen Unvorsichtigkeit Anderer rechnen, und man wird darum im gewöhnlichen Leben auch geneigt sein, ihm Unvorsichtigkeit vorzuwerfen, wenn er es, namentlich einer etwa häufig vorkommenden Unvorsichtigkeit gegenüber, nicht gethan hat. So wenig dagegen aber etwas einzuwenden ist, daß die öffentliche Mei-

---

1) Hiernach wird man dem Urtheile des R.-G. Rsprch. I S. 578 im Resultate zustimmen müssen, aber nicht in der Motivirung, denn entscheidend ist nur, daß die Angeklagte unter den gegebenen Umständen den Erfolg ihrer Handlung vorhersehen und verhüten konnte und sollte, nicht aber eine angeblich eigenthümliche Gestaltung des Causalverhältnisses. Der Satz, daß in der Thätigkeit des Beschuldigten die volle Ursache des Erfolges enthalten sein müsse, wenn er für denselben strafrechtlich verantwortlich gemacht werden soll, und daß die in seiner Thätigkeit begründete volle Ursachlichkeit durch die Mitwirkung Anderer für den Erfolg nicht wegfalle, kann unmöglich als richtig und die Schuld begründend angesehen werden. Die verbrecherische Handlung ist, weil niemals die einzige Bedingung des Erfolges, auch niemals seine volle Ursache, und jede Unterscheidung einer vollen, halbvollen, nicht vollen Ursachlichkeit ist widersinnig. Nur darum handelt es sich, ob, wenn überhaupt ein Causalnexus der Handlung und des Erfolges festgestellt ist, eine Verantwortlichkeit begründet erscheint, eine Verantwortlichkeit, für welche die nähere Gestaltung des Causalnexus durchaus indifferent ist. Freilich haben auch andere Gerichtshöfe, vgl. Pezold § 222 Nr. 12. 13. 14, die Verantwortlichkeit davon abhängig gemacht, daß die betreffende Handlung Hauptursache, überwiegende Ursache, nicht bloß Nebenursache sei. Vgl. Olshausen § 222 Nr. 5.

Digitized by Google

nung durch weiter reichende sittliche Anforderungen die Zwecke der Strafrechtspflege fördert, so wenig darf die Gesetzgebung solche Forderungen als auch für sie maßgebend betrachten. Die Forderung bei Allem was man thut mit der incommensurablen Größe des möglichen schuldhaften, eventuell strafbaren Handelns Anderer rechnen zu sollen, kann als eine rechtlich begründete nicht anerkannt werden [1]). Sie würde schließlich dahin führen, daß es für Jeden nur vom Zufalle abhängt, ob er strafrechtlicher Verantwortung verfällt oder ihr entgeht, und müßte, wenn sie durchführbar wäre einen krankhaften Zustand schaffen, in welchem aller Muth unbefangenen Handelns erlahmen, jede Thatkraft gebrochen würde.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich Jemand durch Unterlassen einer fahrlässigen Tödtung schuldig machen könne, ist

---

1) Die bisherige Praxis, insbesondere des preuß. Obertribunals, Oppenhoff § 59 Nr. 21a. 22. 24. § 222 Nr. 4, aber auch andere deutsche Gerichtshöfe, Pezold § 222 Nr. 7. 9. 13. Olshausen § 222 Nr. 5 hält durchaus daran fest der fahrlässigen Tödtung auch denjenigen für schuldig zu erachten, dessen Handlung mit dem Tode in ursächlichem Zusammenhange steht, als fahrlässig aber nur insofern bezeichnet werden kann, als die mögliche eigene Fahrlässigkeit des Getödteten oder einer andern Person nicht berücksichtigt wurde. Freilich soll die Verantwortlichkeit ausgeschlossen sein, wenn sich das schuldhafte, strafbare Handeln des Andern nicht vorhersehen ließ. Pezold § 222 Nr. 9. Wie weit ist man verbunden solches Handeln vorher zu sehen? — Solche Ausdehnung der Verantwortlichkeit für culpa führt folgerecht dahin, daß die dem Gesetze unbekannte fahrlässige Anstiftung und Beihilfe durch eine Hinterthüre in die Praxis eingeführt wird, indem „wenn Jemand fahrlässiger „Weise etwas sagt oder thut wodurch er, ohne es zu wollen, bei einem Andern „den Entschluß zur Begehung einer Mißthat hervorruft, oder dem Urheber Hilfe „leistet" — Oppenhoff § 59 Nr. 23 — er zwar nicht wegen fahrlässiger Anstiftung oder Hilfsleistung, wohl aber wegen fahrlässiger Thäterschaft verantwortlich sein soll. Gegen die in der Praxis herrschende Ausdehnung der Verantwortlichkeit für culpa Schwarze § 222 Nr. 2, H. Meyer S. 180, Holtzendorff in dessen Hdbch. III S. 470, obwohl letztere beide die Grenzlinie nicht richtig bestimmen, denn daß bedingungsweise mehrere Personen dieselbe Tödtung als von ihnen fahrlässig verursacht zu verantworten haben können, unterliegt keinem Zweifel. Vgl. oben über die fahrlässige Mitwirkung Bd. I S. 441. Einer maßlosen Ausdehnung der Verantwortlichkeit für culpa würde jedenfalls noch eine Strafgesetzgebung vorzuziehen sein, die, wie es die Tendenz des Polizeistaates war, das Leben durch maßlose Häufung polizeilicher Strafbestimmungen gegen Unvorsichtigkeiten zu schützen sucht. Vgl. Hälschner Geschichte des brandenb. preuß. Strafrechts S. 201 und die schon von Globig ausgesprochene Warnung vor den Folgen solcher Gesetzgebung.

Digitized by Google

nach den oben erörterten Normen [1]) über die durch Unterlassen verübten Commissivdelicte zu beantworten.

§ 10. Die Strafe der fahrlässigen Tödtung ist Gefängniß bis zu drei Jahren [2]), und für die Strafzumessung wird selbstverständlich in erster Linie das Maß der Fahrlässigkeit bestimmend sein. Als ein besonders hohes Maß von Fahrlässigkeit erscheint es, wenn der Thäter diejenige Aufmerksamkeit aus den Augen setzte, zu der er vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, in welchem Falle die Strafe fahrlässiger Tödtung bis auf fünf Jahre Gefängniß erhöht werden kann.

Das Gesetz geht hierbei von der Voraussetzung aus, daß wer eine eigenthümliche Art von Thätigkeit vermöge seiner socialen Stellung, als eine amtliche, berufsmäßige, gewerbsmäßige, beständig ausübt, mit ihr in höherem Maße vertraut ist als andere Personen, die sich mit solcher Thätigkeit niemals oder nur ausnahmsweise befassen, darum auch die möglichen Gefahren, die sich aus ihr ergeben können, besser erkannt habe als andere Personen. Es liegt ihm darum auch die Pflicht ob, bei seiner Thätigkeit von dieser besseren und umfassenderen Kenntniß den entsprechenden Gebrauch zu machen, eine Pflicht, bei der also nicht vorausgesetzt wird, daß sie eine besondere durch Gesetz, Polizeiverordnung, Obrigkeit auferlegt sei [3]), denn es handelt sich auch in diesem Falle nur um die einem Jeden obliegende Pflicht handelnd die Aufmerksamkeit aufzuwenden, deren man vermöge der erworbenen Kenntnisse und Erfahrungen fähig ist [4]). Ferner aber kommt hierbei auch dies in Betracht, daß, wer sich einer ihm bisher unbekannten und ungewohnten Art der Thätigkeit berufs-gewerbsmäßig widmet, unvermeidlich sich auch dessen bewußt ist, die zu vorsichtiger, Gefahren vermeidender, Ausübung derselben erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen noch nicht in genügendem Maße zu besitzen. Hierin liegt für ihn die, wiederum einem jeden Menschen, der an eine unbekannte, ungewohnte Art des Handelns herantritt, geltende Aufforderung, sich die erforderlichen Kenntnisse zu verschaffen. Darum

---

1) Bd. I S. 234 f.

2) Strfgb. § 222.

3) Oppenhoff § 222 Nr. 5. Schwarze § 222 Nr. 10. Pezold § 222 Nr. 17—19. Rsprch. III S. 757. IV S. 165.

4) Die Strafbarkeit setzt darum auch nicht nothwendig dies voraus, daß die betreffende Fahrlässigkeit in Ausübung des Berufes, Gewerbes verübt worden sei. Rsprch. III, 89. Olshausen § 222. Nr. 8.

Digitized by Google

wird sich in solchem Falle derjenige, der dies unterlassen hat, von der Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit nicht unbedingt dadurch befreien können, daß er glaubhaft nachweist, wegen mangelnder Kenntnisse und Erfahrungen den Erfolg als einen möglichen vorherzusehen nicht fähig gewesen zu sein [1]). Die besondere Pflicht zur Aufmerksamkeit, von der das Gesetz spricht, hat daher auch keineswegs dies zur Voraussetzung, daß sie durch Ertheilung eines Befähigungszeugnisses begründet erscheine, darum wegfiele, soweit volle Gewerbefreiheit herrscht [2]). Eine besondere Pflicht zur Aufmerksamkeit liegt daher vermöge ihres Gewerbebetriebes namentlich nicht nur den approbirten Aerzten, sondern auch solchen Personen ob, welche die Heilkunde ohne Approbation gewerbsmäßig betreiben [3]). Dagegen findet die erhöhte Strafe keineswegs bei einer jeden fahrlässigen Tödtung Anwendung, die bei Gelegenheit einer amtlichen, berufs- oder gewerbsmäßigen Thätigkeit verübt wurde, sondern bleibt ausgeschlossen, wenn die vernachlässigte Aufmerksamkeit eine solche war, die dem Thäter auch ohne Rücksicht auf seine besondere Lebensstellung oblag [4]).

§ 11. Die Strafbestimmung des § 222 bezieht sich auf die einfache culpose Tödtung, setzt also voraus, daß die den Tod verursachende Handlung in Rücksicht auf den vom Thäter beabsichtigten Erfolg eine nicht strafbare war. Insbesondere gilt dies auch von den Fällen, in denen die Tödtung durch Vernachlässigung der vermöge Amtes, Berufs oder Gewerbes obliegenden Pflicht erfolgte. Trifft aber die fahrlässige Tödtung in s. g. idealer Concurrenz mit einer anderen strafbaren Handlung zusammen, so ist die That nach den allgemeinen gesetzlichen Normen über das Zusammentreffen

---

1) Oppenhoff § 222 Nr. 11. Schwarze § 222 Nr. 10. Rsprch. IV S. 547.

2) So Holtzendorff a. a. S. 471.

3) Ueber die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Medizinalpersonen vgl. Geib und Mittermaier a. a. O. Berner im G.-Saal 1867 S. 22 f. Schürmayer Gericht. Medizin 1874 S. 392. Kalisch Kunstfehler der Aerzte 1860. Wahlberg im Rechtslexikon s. v. Aerztliche Verbrechen. Anträge für die Kunstfehler und andere Fahrlässigkeiten des Arztes besondere Bestimmungen in das Strfgb. aufzunehmen wurden abgelehnt. Motive z. II. Entwf. § 217. Stenogr. Bericht S. 660 f. Die Haftung des Arztes beschränkt sich jedenfalls nicht auf Kunstfehler, „Unkunst", sondern bezieht sich auch auf den „Unfleiß" (Carol. 134.). Vgl. Rubo § 222 Nr. 3. Rüdorff § 222 Nr. 6.

4) Oppenhoff § 222 Nr. 6.

Digitized by Google

mehrerer strafbarer Handlungen zu beurtheilen. Die fahrlässige Tödtung kann die nicht beabsichtigte Folge eines anderweitigen dolosen Delictes sein, sowie auch die Folge einer Handlung, durch die sich der Thäter zugleich eines weiteren fahrlässigen Delictes schuldig machte [1]). Das Strafgesetzbuch hat aber die Anwendbarkeit jener Normen für eine Reihe derartiger Concurrenzfälle dadurch ausgeschlossen, daß es in besonderen Strafbestimmungen die concurrirenden Delicte in eine Strafsatzung zusammenfaßte.

In einer Reihe von Fällen [2]) ist für ein verübtes dolоses Delict eine erhöhte Strafe angeordnet, wofern der Tod eines Menschen die Folge desselben war. Das Gesetz fordert in allen diesen Fällen, daß der Tod eines Menschen durch das dolose Delict „verursacht" worden sei, wogegen es allerdings niemals eine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß diese Verursachung auch eine schuldhafte gewesen sein müsse, hinzugefügt hat. Dies ist der Anlaß zu der in der Praxis herrschenden und auch in der Doctrin verbreiteten Ansicht geworden, daß in allen diesen Fällen die Verhängung der erhöhten Strafe zwar die Feststellung des ursächlichen Zusammenhanges der That und der erfolgten Tödtung, keineswegs aber die der fahrlässigen Verursachung des Todes voraussetze [3]). Die an sich offenbar ungenügende Fassung des Gesetzes rechtfertigt aber keineswegs die Schlußfolgerung, daß der Gesetzgeber wirklich beabsichtigt habe in den gedachten Fällen die erhöhte Strafe, ohne jede Rücksicht auf eine sie begründende Verschuldung, lediglich von dem Zufalle eines eingetretenen Erfolges abhängig zu machen, und dies um so weniger, als sich die Fassung der gesetzlichen Bestimmungen genügend in anderer Weise erklärt. Ohne Zweifel wird man es als die in den bei weitem meisten Fällen zutreffende Regel betrachten dürfen, daß, wer eines der betreffenden dolosen Delicte verübte, die Möglichkeit einer Tödtung vorhergesehen hat oder vorhersehen konnte, darum also sie fahrlässig verursachte. Von dieser Beschuldigung wird er sich überdies auch durch die Behauptung nicht befreien können, daß er mit möglichster Vorsicht die Tödtung zu vermeiden gesucht habe, denn wer die Möglichkeit der nicht beab-

1) Gegen die Ansicht John's Lehre vom fortgesetzten Verbrechen S. 71 f., der die Möglichkeit einer Concurrenz mehrerer aus einer Handlung sich ergebender fahrlässiger Delicte leugnet, vgl. Hälschner Syst. II S. 81 f.

2) Strfgb. §§ 178. 220. 221. 227. 229. 239. 251. 307. 312. 321. 322. 323. 324.

3) Vgl. darüber oben Band I S. 327.

Digitized by Google

sichtigten Folge seiner Handlung vorhersieht, ist unbedingt verpflichtet sich ihrer zu enthalten, wenn sie eine strafbare ist, und kann sich durch vorsichtiges Handeln von der Verantwortlichkeit für die nicht beabsichtigten, aber als möglich erkannten Folgen nicht frei machen [1]). Daß die durch das dolose Delict verursachte Tödtung eine schuldhafte sei, wird deshalb allerdings regelmäßig angenommen werden dürfen, und es konnte darum entbehrlich erscheinen, das Erforderniß der Verschuldung ausdrücklich hervorzuheben.

Ihre weitere Erklärung findet die Fassung des Gesetzes in einer, freilich unrichtigen Ansicht, von der man in Betreff der Verschuldung bei der Redaction des Strafgesetzbuches ausging. Das preußische Strafgesetzbuch hatte in den Fällen, in denen die mit einem dolosen Delicte concurrirende nicht beabsichtigte Tödtung in eine Strafsatzung zusammengefaßt war, sich verschiedener Ausdrücke bedient, indem es die Tödtung als herbeigeführt, oder als Folge der Handlung, oder das dolose Delict als ein solches bezeichnete, durch das ein Mensch das Leben verlor [2]). Diesem Sprachgebrauche hatte sich der erste Entwurf angeschlossen, wogegen die Bundes-Commission diese verschiedenen Ausdrücke im zweiten Entwurfe beseitigte und sich durchgängig des Wortes „verursacht" bediente. Daß mit diesem Worte, wie die Bundes-Commission meinte [3]), der Causalnexus schärfer hervorgehoben werde, ist unrichtig, denn auch die Ausdrücke des preußischen Strafgesetzbuches lassen nicht den mindesten Zweifel über das Erforderniß des Causalnexus. Man wählte jenes Wort, um die bedenkliche Praxis zu beseitigen, „als ob die Haftung „für die Tödtung auch dann eintrete, wenn der ursächliche Zu„sammenhang erst durch die von ihm völlig unabhängige, selbst „schuldhafte Willensthätigkeit eines andern Menschen vermittelt „wurde". Man wollte also verhindern, daß gestraft werde, wo die Verschuldung mangelt, und indem man dem bekannten Fehler verfiel, die Schuld ohne weiteres als durch die Verursachung begründet zu betrachten, einen wirklich vorhandenen Causalnexus aber zu leugnen, ihn als unterbrochen, als nicht voll zu erklären, oder nur eine „Veranlassung" anzunehmen, wo man eine Verschuldung nicht glaubt annehmen zu dürfen, wählte man das Wort „verur-

1) Vgl. oben Band I S. 318.
2) Preuß. Strfgb. §§ 184. 194. 285. 294. 297. 301—308.
3) Vgl. Schwarze § 222 Nr. 2.

Digitized by Google

sacht", durch das man also in Wahrheit nicht nur das Erforderniß des Causalnexus, sondern auch das der Verschuldung aussprechen wollte. Es entsprach dies ganz der Auffassung von der schon bisher die Praxis ausgegangen war, denn der Grundsatz, daß die erhöhte Strafe des dolosen Delictes nur von seinem Causalnexus mit der Tödtung, nicht von der fahrlässigen Verursachung der letzteren abhängig sei, wurde regelmäßig doch durch weitere Erfordernisse in Betreff des Causalnexus beschränkt. Es soll die Tödtung nicht als straferhöhend in Betracht kommen, wenn sie nicht durch die Handlung selbst, sondern durch eine von ihr in Bewegung gesetzte fremde Kraft, durch eine andre Zwischenursache herbeigeführt wird, mit der Handlung nur in mittelbarem Zusammenhange steht, wenn die Handlung nicht die alleinige Entstehungsursache des Todes, wenn sie nicht die überwiegende Ursache ist [1]). Wie aber der Handelnde jemals für die nicht verschuldete, also zufällige Tödtung verantwortlich gemacht werden könnte, je nachdem der Zufall sich so oder anders gestaltet, bleibt unverständlich [2]).

Das Strafgesetzbuch hat ferner mehrfach auch die fahrlässige, aus der Verübung eines anderweitigen fahrlässigen Delictes sich ergebende Tödtung mit diesem in eine Strafsatzung zusammengefaßt [3]), und es kann diese Strafe nur Anwendung finden, wofern auch die Tödtung verschuldet erscheint. Die auch in Betreff dieser Strafbestimmungen herrschende Ansicht, daß für sie nur die

---

1) Schaper in Holtzdf. Hdbch. II S. 206. Pezold § 224 Nr. 2. § 226 Nr. 1. 2. Rüdorff § 222 Nr. 3. Rubo § 224 Nr. 3. § 226 Nr. 4. Dollmann-Risch Art. 204. Urtheile des preuß. O.-Trib. bei Oppenhoff R. d. O. IX, 149. X, 758. H. Meyer S 438. Oppenhoff § 226 Nr. 1 und § 224 Nr. 9—13 der einerseits die Strafe wegen Tödtung nicht abhängig davon betrachtet ob der Thäter diese Folge vorhergesehen habe oder vorhersehen konnte, andrerseits sie für ausgeschlossen erklärt, wenn eine fremde Kraft in einer vom Thäter nicht gewollten Weise den Erfolg herbeiführt, wenn dem Thäter nicht zur Last fallende Schädlichkeiten mitgewirkt haben, d. h. also doch, wenn die Tödtung verursacht, aber nicht verschuldet ist. Ebenso erklärt Schwarze § 226 die Strafe nur durch die erfolgte Tödtung, auch wenn sie nicht zur culpa zuzurechnen ist, bedingt, erklärt sie aber gleichwohl für ausgeschlossen, wenn der Tod durch Umstände herbeigefährt worden, die vom Thäter nicht zu vertreten sind.

2) Gegen diese Auffassung Goltd. Mat. II zu den angeführten §§ des preuß. Strfgb. Berner S. 511 und im G.-Saal 1867 S. 5 f. Schütze S. 306.

3) Strfgb. §§ 309. 314. 316. 326.

Digitized by Google

verursachte, nicht die verschuldete Tödtung maßgebend sei, daß deshalb, wofern die Tödtung zur culpa zuzurechnen sei, ein nach § 73 zu beurtheilender Fall der s. g. idealen Concurrenz vorliege [1]), ist aus den gleichen, oben angeführten Gründen verwerflich.

### 3. Todtschlag und Mord.

§ 12. Das deutsche Strafgesetzbuch hat in Betreff der vorsätzlichen Tödtung an der Unterscheidung des Todtschlages und des Mordes festgehalten, und zwar in dem Sinne, in welchem dieser Unterschied von der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis allmälig festgestellt worden war, und von der gesammten neueren deutschen Strafgesetzgebung beibehalten wurde. Dem preußischen und den mit ihm übereinstimmenden neueren deutschen Strafgesetzbüchern ist es darin gefolgt, daß es zwar bei dem Morde das die vorsätzliche Tödtung qualifizirende Moment des Handelns mit Ueberlegung fordert, dagegen abweichend von den älteren Strafgesetzbüchern den Todtschlag nur als vorsätzliche nicht mit Ueberlegung verübte Tödtung bezeichnet, dagegen das positive ihn charakterisirende Moment des Handelns im Affecte unerwähnt läßt. Die Unterscheidung von Mord und Todtschlag ist also noch heute dieselbe wie im vorigen Jahrhundert, ihre strafrechtliche Bedeutung aber ist fortdauernd gewachsen. Noch das preuß. A.-L.-R. hatte in Uebereinstimmung mit der Carolina für den Todtschlag einfache, für den Mord geschärfte Todesstrafe angeordnet. Die Beseitigung der qualificirten Todesstrafe ließ es folgerecht erscheinen, daß man im preußischen Strafgesetzbuche wie für den Mord die einfache Todesstrafe, so für den Todtschlag die der bisherigen Strafe nächstliegende, die lebenslängliche Zuchthausstrafe feststellte. Wenn aber jetzt lebenslängliches Zuchthaus und Todesstrafe im Gesetz freilich ebenso unmittelbar aneinander grenzen wie bisher die Enthauptung und das Rädern, so war doch offenbar das Verhältniß der lebenslänglichen Freiheits- und der Todesstrafe ein wesentlich anderes als das der verschiedenen Arten der Todesstrafe, ein Verhältniß, das eine wesentlich gesteigerte Werthschätzung des Unterschiedes von Todtschlag und Mord zur nothwendigen Voraussetzung hatte. Das deutsche Straf-

1) Oppenhoff § 222 Nr. 16. Schwarze § 309 Nr. 6. Rubo § 309 Nr. 4. Zimmerle § 316 Nr. 8. Puchelt § 309 Nr. 4. Olshausen § 309 Nr. 6.

Digitized by Google

gesetzbuch ist auf dieser Bahn noch einen Schritt weiter gegangen, indem es für den Todtschlag nur zeitige Zuchthausstrafe anordnete. Daß man diese Strafen darum angeordnet habe, weil man meinte, dem Schuldunterschiede von Mord und Todtschlag eine wesentlich höhere Bedeutung beimessen zu müssen als bisher, wird sich gewiß nicht behaupten lassen. Sie erkären sich lediglich daraus, daß man einerseits auf die Todesstrafe nicht völlig verzichten zu dürfen glaubte, darum sie für den Mord beibehielt, andrerseits aber die Möglichkeit sehr bedeutender Schuldunterschiede bei Verübung des Todtschlages, darum die Nothwendigkeit ihrer Berücksichtigung durch Anordnung einer relativ bestimmten Strafe, nicht leugnen konnte, und demgemäß nach dem Beispiele der meisten neueren Strafgesetzbücher zeitliche Zuchthausstrafe anordnete [1]).

Nur die Voraussetzung, von der die neuere Gesetzgebung ausging, daß durch Prämeditation und Affect zwischen der Schuld des Mörders und des Todtschlägers ein Unterschied begründet werde, welcher durch keine anderweitigen Schuldmomente je getilgt werden könnte, vermöchte ihre Strafbestimmungen und deren Verhältniß zu einander zu rechtfertigen. In dieser Voraussetzung wurde die Gesetzgebung durch die Doctrin unterstützt. Erst seit Grolman und Feuerbach hatte sich einerseits der Sprachgebrauch festgestellt, nach welchem culpose Tödtung, Todtschlag und Mord als die Arten des Verbrechens der Tödtung bezeichnet werden, und andrerseits die Unterscheidung von Mord und Todtschlag als ganz ausschließlich durch den Unterschied des Handelns mit Ueberlegung und im Affecte bedingt. Daß man, um diese Auffassung gegen die ältere auf Carpzow sich stützende zu vertheidigen, immer mit besonderer Schärfe die Einmischung anderer Schuldmomente, namentlich jede Berücksichtigung des Motives und Zwecke des Thäters zurückwies [2]), führte nur zu leicht zu der Vorstellung, daß die für den Thatbestand des Mordes und Todtschlages gleichgiltigen Momente auch ohne Einfluß auf das Verhältniß der durch beide Verbrechen bedingten Verschuldung sei, und darum zwischen Mord und Todtschlag eine nie auszufüllende Kluft liege, welcher der Unterschied der Todes- und Freiheitsstrafe entspreche. Diese Vorstellung war die bei der Redaction des preußischen Strafgesetz-

1) Vgl. Motive z. I Entwf. § 185—194 und z. II Entwf. 206—217.

2) Tittmann I § 156 f. Roßhirt Lehrbch. § 149 f. Martin § 114 f. Abegg § 234. Heffter § 240. Marezoll § 104. Temme Lehrbch. d. preuß. Strfrs. S. 791 f.

Digitized by Google

buches maßgebende und mit aller Schärfe geltend gemachte [1]), wo gegen bei der Redaction des deutschen Strafgesetzbuches zwar der Frage nach Beibehaltung der Todesstrafe und ob sie auf den Mord zu beschränken sei, die sorgfältigste Prüfung zu Theil wurde, die Frage aber, ob und inwiefern das Verhältniß der für Mord und Todtschlag gedrohten Strafen ein durch die Verschiedenheit der Schuld gefordertes und gerechtfertigtes sei, nicht näher erwogen zu sein scheint [2]). Jene Vorstellung aber, lediglich hervorgegangen aus dem Streben, die für unentbehrlich erachteten Strafsatzungen zu rechtfertigen, widersprach schon der älteren gemeinrechtlichen Doctrin, die zur Rechtfertigung selbst des Unterschiedes der qualificirten und einfachen Todesstrafe den der Prämeditation und des Affectes nicht für ausreichend erachtet, sondern im Sinne des älteren deutschen Rechtes die Berücksichtigung des Motives zur Hilfe genommen hatte, und darf heute als eine von der Erfahrung widerlegte [3]) und von der Wissenschaft als irrig verworfene angesehen werden [4]). Daraus folgt freilich nicht, daß der Unterschied des Mordes und des Todtschlages aufgegeben werden müßte, sondern nur dies, daß, wie bedeutsam auch der Unterschied der Prämeditation und des Affectes für die Gestaltung der Schuld sein möge, dennoch das Maß derselben im concreten Falle zugleich von anderweitigen Momenten bedingt wird, vermöge deren die Schuld des Todtschlägers bis zu der des Mörders hinauf, die des Mörders bis zu der des Todtschlägers hinabreichen kann und daß darum die Gerechtigkeit ein gleiches Verhältniß der Strafe beider Verbrechen fordert. Es ist dies eine Forderung, der annähernd zu genügen allerdings immer sehr schwierig sein wird, der zu entsprechen von der Gesetzgebung auch solcher Staaten, welche für die schwersten Fälle vorsätzlicher

---

1) So besonders in Nr. 22 der Denkschrift über die zur stündischen Berathung gestellten Fragen des Strafrechts.

2) Vgl. Motive z. I Entwf. zu § 9 und Anlage zu den Motiven „Ueber die Todesstrafe".

3) Vgl. die von Schwarze im G.-Saal 1859. 1860. 1861. 1863. 1868. 1869 mitgetheilten Fälle.

4) Stübel im Entwurfe eines Strfgb. für Sachsen § 421—433. Henke II § 98. Mittermaier in Goltd. Arch. II. John in Strfrsztg. 1866 S. 320. 368. Glaser Bemerk. z. Entwf. eines Strfgb. f. Zürich S. 54 f. Geyer Besprechung d. Entwf. f. Oesterreich S. 164 f. Holtzendorff Psychologie des Mordes. Allfeld a. a. O. S. 4 f.



Digitized by Google

Tödtung an der Todesstrafe festhielten, versucht worden ist [1]). Die Unhaltbarkeit des jetzigen Zustandes, in welchem der Fehler des Gesetzes regelmäßig durch die Gnade corrigirt und die wegen Mord erkannte Todesstrafe nur sehr ausnahmsweise vollstreckt wird, ist allseitig anerkannt.

Nur in sehr beschränktem und unzulänglichem Maße hat das deutsche Strafgesetzbuch, anderen, insbesondere dem preußischen, folgend anerkannt, daß die festgestellten ordentlichen Strafen des Mordes und des Todtschlages nicht in allen Fällen der Gerechtigkeit entsprechen, daß bei beiden Verbrechen im concreten Falle die Schuld ebenso über das als normal betrachtete Maß derselben steigen, wie unter dasselbe herabsinken kann. Was den Mord betrifft, so kennt das Gesetz für Mordthaten, die unter besonders erschwerenden Umständen verübt wurden, eine Strafschärfung, indem es dem Richter gestattet in solchen Fällen mit der Todesstrafe den Verlust der Ehrenrechte zu verbinden, eine Schärfung der Todesstrafe, die in dieser Form an sich unbedenklich erscheinen mag, nur das Bedenken gegen sich hat, daß sie nur in sehr seltenen Fällen von dem zum Tode Verurtheilten als ein Strafübel wird empfunden werden. Es ist ferner der hochverrätherische Mord dadurch ausgezeichnet, daß er nicht nur als vollendeter, sondern auch als versuchter mit dem Tode bestraft wird. Andrerseits berücksichtigt das Gesetz Fälle des Mordes, bei denen es statt der Todesstrafe eine bis unter das Maß der ordentlichen Strafe des Todtschlages herabgehende zeitliche Freiheitsstrafe anordnet. Dahin gehört der s. g. Kindesmord, wofern er mit Ueberlegung verübt wirklich als Mord erscheint, und ebenso wird die Tödtung im Duell hierher zu rechnen sein, wofern auch sie im concreten Falle vorsätzlich und mit Ueberlegung erfolgte. Daß das Gesetz diese beiden Fälle vorsätzlicher, überlegter Tödtung durch bedeutende Ermäßigung der Strafe auszeichnete, ist an sich durchaus gerechtfertigt, aber nicht im Verhältnisse zur Todesstrafe als der absolut bestimmten ordentlichen Strafe des Mordes, wenn man berücksichtigt, daß auch in anderen Fällen des Mordes das Motiv des Thäters dessen Schuld der des Duellanten und der Kindesmörderin nahe rücken kann. Für den Todt-

---

1) Strfgb. v. Braunschwg. § 145. Hamburg 1869 Art. 118. Schweden 1864 Cap. 14. Entwurf f. Bremen 1868 § 304. 305. Ueber das englische und nordamerik. Strafr. vgl. Holtzendorff in dessen Hdbch. III S. 431. f. Kappeler im G.-Saal 1870 S. 289 f.

Digitized by Google

schlag ordnet das Gesetz ausnahmsweise eine erhöhte Strafe, Zuchthaus nicht unter zehn Jahre oder lebenslängliches an, falls der Todtschlag an einem Verwandten aufsteigender Linie, oder wenn er bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um ein Hinderniß zu beseitigen oder um sich der Ergreifung zu entziehen, verübt wurde. Dagegen ist der Todtschlag mit bedeutend ermäßigter Strafe bedroht, falls er vom Thäter im Zorne über, ohne eigne Schuld ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlungen oder Beleidigungen begangen wurde, so wie der von der Mutter an dem neugebornen unehelichen Kinde verübte Todtschlag. Abgesehen von der Frage ob und inwieweit diese Strafsatzungen im Einzelnen sich rechtfertigen, ist jedenfalls anzuerkennen, daß abweichend von den entsprechenden Bestimmungen des preußischen Strafgesetzbuches, vermöge der relativ bestimmten regelmäßigen Strafe des Todschlages die für besondere Fälle gesteigerten und ermäßigten Strafen sich dieser in entsprechender Weise anfügen. Eine empfindliche Lücke des preußischen Strafgesetzbuches hat das deutsche durch eine besondere Strafbestimmung für die vorsätzliche Tödtung des Einwilligenden ausgefüllt.

§ 13. Die vorsätzliche Tödtung erfordert die Absicht einen Menschen zu tödten und eine aus ihr entspringende vorsätzliche Thätigkeit, welche den Tod zur Folge hat. Es genügt also nicht, irgend eine vorsätzliche Thätigkeit, die sich in ihrem Erfolge als eine tödtende erweist, denn die Worte des Gesetzes: „wer vorsätzlich tödtet" fordern, daß die Thätigkeit als eine tödtende vorgesetzt, darum also auch der Tod beabsichtigt war [1]).

Das deutsche Strafgesetzbuch [2]) geht, wie das preußische und andere ihm folgende Strafgesetzbücher, von dem Begriffe der vorsätzlichen Tödtung aus und bezeichnet sie, falls das sie qualificirende Moment des Tödtens mit Ueberlegung hinzukommt, als Mord, in allen anderen Fällen in denen dieses Moment fehlt als Todtschlag. Ist es dadurch, daß es als Todtschlag jede nicht mit Ueberlegung verübte vorsätzliche Tödtung bezeichnete von andern Strafgesetzbüchern die zum Thatbestande des Todtschlages das Handeln im Affecte fordern, in der Fassung abgewichen, so stimmt es gleichwohl sachlich mit ihnen darum überein, weil ein Handeln „nicht mit Ueberlegung" nichts Anderes ist und sein kann, als ein Han-

1) Vgl. oben Bd. I S. 283.
2) §§ 211. 212.

Digitized by Google

deln im Affecte, weil es eine vorsätzliche Tödtung, die weder mit Ueberlegung noch auch nicht mit Ueberlegung verübt wäre nicht giebt[1]).

Es ist das normale, geforderte Verhalten des Menschen, daß er seinem Handeln eine Ueberlegung vorangehen läßt, eine Erwägung, verständige Reflexion, aus der sich die Entscheidung über den zu erstrebenden Zweck und die ihm dienenden Mittel ergiebt, die sich bezieht auf den beabsichtigten Erfolg, von dessen Eintritt die Erreichung des Zweckes, der erstrebten Befriedigung erwartet wird, und die zu seiner Realisirung erforderliche vorsätzliche Thätigkeit, auf das Verhältniß der Thätigkeit und ihres Erfolges zur Pflicht. Das Gesetz bezeichnet den Todtschlag als eine vorsätzliche nicht mit Ueberlegung ausgeführte Tödtung. Völliger Mangel an Ueberlegung in weiterem Sinne des Wortes würde aber dem menschlichen Thun die Bedeutung der Handlung entziehen und vorsätzliche Tödtung ohne irgend etwas von Ueberlegung ist Widerspruch in sich selbst. Es ist keine Handlung denkbar, wenn nicht irgend welche Gefühlserregung die Vorstellung eines zu erstrebenden Zweckes hervorgerufen hat, wenn nicht ein herbeizuführender Erfolg als Mittel zum Zwecke, eine bestimmte Art des vorsätzlichen Thuns als die den Erfolg realisirende vorgestellt wurde, und diese Vorstellungsreihe ihren motivirenden Einfluß auf den Willen ausübte. Ist ein verantwortliches Handeln ohne durch diese klar erfaßten Vorstellungen bestimmt zu sein nicht denkbar, so wird man es doch darum noch nicht in dem engeren Sinne des Wortes, in welchem, dem herrschenden Sprachgebrauche entsprechend, das Gesetz es genommen hat, als ein überlegtes bezeichnen dürfen. Ueberlegung, Erwägung fordert nicht nur, daß die aus der Gefühlserregung entspringende Vorstellung eines Zweckes zu klarem Bewußtsein erhoben wird, sondern weiter auch dies, daß sie mit andern möglichen Zwecksetzungen ihrem Werthe nach verglichen und im Unterschiede von ihnen festgehalten wurde, ferner nicht nur, daß ein dem Zwecke als Mittel dienender und deshalb herbeizuführender Erfolg vorgestellt, sondern weiter auch mit andern sich darbietenden Mitteln rücksichtlich seiner Zweckmäßigkeit verglichen wurde, und endlich auch, daß die Handlung nicht nur ihrem subjectiven, sondern auch objectivem Werthe nach,

1) Dies wird freilich von John Entwurf z. einem Strfgb. S. 45 f. und Allfeld a. a. O. S. 96 geleugnet. Vgl. auch Goltd. Mat. II S. 373 Schwarze § 212 Nr. 3. H. Meyer S. 428. Schütze S. 383. Olshausen § 212 Nr. 2.

Digitized by Google

in ihrem Verhältnisse zur Pflicht erwogen, überlegt wurde. Daß Handlungen, die in diesem Sinne nicht überlegt sind, vorkommen können, lehrt die Erfahrung, und die meisten menschlichen Handlungen sind unüberlegte, weil die Lebensgewohnheit uns dahin führt, erfahrenen, gewohnten Reizen sofort mit einer gewohnten Zwecksetzung zu antworten und ihr mit den herkömmlichen zur andern Natur gewordenen Mitteln handelnd zu dienen. Der Unterschied des Handelns mit und ohne Ueberlegung ist daher keineswegs ein nur quantitativer [1]), auf einem Mehr oder Weniger der Ueberlegung beruhender, sondern ein qualitativer, indem zwar ein Handeln ohne von klar bewußten Vorstellungen auszugehen und durch sie bestimmt zu sein nicht denkbar ist, wohl aber ein Handeln ohne alle Ueberlegung in dem angegebenen Sinne vorkommen kann. Es kann die Ueberlegung eine mehr oder weniger umfassende, reifliche, langsamer oder schneller verlaufende sein, immer aber wird die Handlung entweder mit oder nicht mit Ueberlegung ausgeführt werden, ohne daß es zwischen beiden Arten der Handlung noch ein Mittelding gäbe.

Das Handeln ohne Ueberlegung hat seinen Grund am häufigsten darin, daß sich durch die Gewohnheit des täglichen Lebens ein jede Ueberlegung ausschließender Mechanismus des Vorstellens, Wollens und Handelns bildet. Davon, daß die Handlung aus einem solchen durch Gewöhnung entstandenen Mechanismus hervorgegangen sei, wird freilich bei der vorsätzlichen Tödtung nicht die Rede sein können. Herkömmlich betrachtet und bezeichnet man den Affect als das die Ueberlegung ausschließende Moment, und in dieser Beziehung muß allerdings daran erinnert werden, daß ein Handeln ohne allen Affect, ohne daß der Wille durch eine Gefühlserregung in Bewegung gesetzt wäre, nicht denkbar ist [2]). Unter dem Handeln im Affecte kann daher nur die Rede sein, indem unter Affect ein besonders hohes, die Ueberlegung ausschließendes Maß der Gefühlserregung verstanden wird. Die Thatsache, daß eine besonders starke Gefühlserregung der aus ihr entsprungenen Vorstellung einer bestimmten Art der Willensbethätigung eine den Willen so ausschließlich beherrschende Macht beizulegen vermag, daß keine Vergleichung dieser Vorstellung mit andern aufkommt, alles Erwägen, Ueberlegen, Wählen zwischen verschiedenen vorgestellten

1) Wie John a. a. O. S. 47 behauptet.
2) Vgl. oben Bd. 1 S. 517.

Digitized by Google

Möglichkeiten ausgeschossen erscheint, steht erfahrungsgemäß fest. Das Wesentliche eines solchen Handelns ist also nicht der Affect an sich, denn irgend etwas von Affect hat jede Handlung zur Voraussetzung, sondern der aus dem Affecte entsprungene Mangel der Ueberlegung, und darum ist es an sich richtiger, wenn das Gesetz den Todtschlag als die vorsätzliche nicht mit Ueberlegung verübte Tödtung, nicht aber als eine im Affecte verübte bezeichnet[1]). Auch ein Affect der so mächtig war, daß sich der Thäter seinem motivirenden Einflusse nicht zu entziehen vermochte, schließt darum noch keineswegs in allen Fällen die Ueberlegung aus, und die Bezeichnung des Todtschlages als einer im Affecte verübten Tödtung legt mindestens die Gefahr nahe, daß um des erwiesenen Affectes willen die mit voller Ueberlegung verübte Tödtung als Todtschlag beurtheilt werde.

§ 14. Bezeichnet das Gesetz als Todtschlag eine jede vorsätzliche Tödtung unter der negativen Bedingung, daß sie nicht mit Ueberlegung verübt wurde, so versteht es sich von selbst, daß dieses Moment im Thatbestande des Todtschlages als ein negatives im concreten Falle der besondern rechtlichen Feststellung nicht bedarf, daß jede vorsätzliche Tödtung als Todtschlag zu strafen ist, sofern nicht das Handeln mit Ueberlegung festgestellt erscheint. Eine nähere Beachtung verdient dieses Moment gleichwohl darum, weil, abweichend vom preußischen Strafgesetzbuche, die Strafe des Todtschlages eine relativ bestimmte, Zuchthaus von fünf bis zu fünfzehn Jahren ist, und weil Anlaß und Grund, Art und Maß des die Ueberlegung

---

1) Umgekehrt fordert John a. a. O., daß das Gesetz jede vorsätzliche Tödtung als Mord, die im Affecte verübte als Todtschlag bezeichne, namentlich auch deshalb, weil der Affect durch ein äußeres Ereigniß hervorgerufen werde und zwar dieses factum externum leicht erweislich sei, nicht aber das factum internum der Ueberlegung. Dagegen ist einzuwenden, daß auch der Affect ein factum internum ist, das in manchen Fällen, weil der äußere Anlaß zu seiner Erklärung nicht hinreicht, ebenso schwer zu erweisen ist als die Ueberlegung, daß irgend welcher Affect bei jeder Handlung vorausgesetzt wird, der Begriff des den Todtschlag kennzeichnenden Affectes darum ein sehr schwankender ist, der Affect überdies nicht nothwendig die Ueberlegung ausschließt. Endlich werden immer Fälle vorkommen in denen die Beweisfrage schwierig ist und es zweifelhaft bleibt ob Mord oder Todtschlag anzunehmen sei. Darum darf das Gesetz nicht so gefaßt werden, daß jede vorsätzliche Tödtung, bei der das strafmindernde Moment des Affectes nicht erweislich ist, als Mord zu strafen ist, sondern muß umgekehrt so gefaßt werden, daß sie als Todtschlag zu strafen ist sofern nicht das erschwerende Moment der Ueberlegung erwiesen werden kann. Vgl. Berner S. 485.

Digitized by Google

ausschließenden Affectes von wesentlichem Einflusse auf die Strafzumessung sein werden.

Der Todtschlag in dem erst in unserm Jahrhundert durch Doctrin und Gesetzgebung festgestellten Sinne hat eine viel umfassendere Bedeutung als der Todtschlag im Sinne der Carolina, die ihn auf die vorsätzliche, in einer bestimmten Art des Affectes und der Motivirung verübte Tödtung beschränkt, und eben darum werden bei dem Todtschlage im heutigen Sinne auch viel weiter reichende Schuldunterschiede vorkommen können. Für dieselben wird von hervorragender Bedeutung insbesondere die Frage sein, ob der die Ueberlegung ausschließende Affect seine ausreichende Erklärung in dem ihn hervorrufenden Anlasse insofern findet, als dieser Anlaß erfahrungsmäßig genügend erscheint um auch einen jeden besonnen und überlegend handelnden Menschen in gesteigerte Gefühlserregung zu versetzen, oder ob jener Affect nur unter der Voraussetzung erklärlich erscheint, daß eine den Menschen beherrschende Leidenschaft durch irgend welchen Anlaß in Erregung versetzt wurde. Die Wirkung die ein erfahrener Reiz auf das Gefühl ausübt, ist niemals nur durch die Beschaffenheit des Reizes, sondern zugleich auch durch das Maß der Empfänglichkeit für ihn bedingt und darum eine individuell verschiedene. Ohne Zweifel giebt es aber Reize die eine, wenn auch dem Maße nach verschiedene, so doch annähernd gleichartige Gefühlserregung bei allen Menschen hervorzurufen geeignet sind, und wir werden darum den aus ihnen entspringenden Affect als einen natürlichen, aus der sich gleich bleibenden menschlichen Natur entspringenden betrachten. Kann auch ein derartiger Affect die Schuld dessen nicht tilgen, der sich von ihm widerstandslos beherrschen und durch ihn ohne Ueberlegung zur verbrecherischen That hinreißen läßt, so wird doch der Umstand, daß der Affect als ein aus dem äußeren Anlasse naturgemäß entsprungener, an sich schuldloser erscheint, es rechtfertigen, in solchem Falle auch ein gemindertes Maß der Verschuldung des Todtschlägers anzunehmen. Anders verhält es sich, wenn der die Ueberlegung ausschließende Affect selbst als ein verschuldeter darum erscheint, weil die Macht die er über den Willen ausübte auf der Voraussetzung eines leidenschaftlichen Hanges, darauf beruht, daß vermöge der Charakterbildung des Thäters in gewisser Richtung schon der geringfügigste Anlaß genügt, eine maßlose jede Ueberlegung tilgende Erregung hervorzurufen. Kann doch die blind machende Leidenschaft dahin führen, daß der Anlaß zur leidenschaftlichen Erregung

Digitized by Google

gesucht, wohl gar vorgespiegelt wird. Unterscheidet sich der aus so gestaltetem Affecte entsprungene Todtschlag immer noch durch den Mangel an Ueberlegung in bedeutsamer Weise vom Morde, so kann doch dann, wenn der Affect selbst als ein in hohem Grade verschuldeter erscheint, die Schuld des Todtschlägers nahe an die des Mörders heranreichen, und dem entsprechend würde, wenn den Mörder in allen Fällen die Todesstrafe trifft, die Strafe des Todtschlages sich dieser in ihrem Maximum nähern und bis zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe reichen müssen, weil der Sprung von der zeitigen Freiheitsstrafe bis zur Todesstrafe sich durch den Unterschied des Handelns ohne oder mit Ueberlegung nicht rechtfertigt. War hier in Betreff der Strafzumessung der Mangel der Ueberlegung und die Verschiedenheit seines Ursprunges als dasjenige Schuldmoment besonders hervorzuheben, das dem Todtschlage charakteristisch ist, so üben doch selbstverständlich noch weitere Momente, wie namentlich die Beschaffenheit des Motives, ihren mitbestimmenden Einfluß auf das Maß der Schuld und Strafbarkeit aus.

§ 15. Von dem einfachen Todtschlage unterscheidet das deutsche Strafgesetzbuch, dem preußischen folgend, gesetzlich ausgezeichnete Fälle. Durch mildere Strafe, Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten, ist der Todtschlag ausgezeichnet, zu welchem sich der Thäter, ohne eigne Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getödteten zum Zorne gereizt, auf der Stelle hinreißen ließ. Ist diese Bestimmung zwar zunächst aus dem Code pénal 321 in die deutsche Strafgesetzgebung übergegangen[1]), so entspricht sie doch durchaus derjenigen Auffassung des Todtschlages von der die Carolina ausging. Sie fordert zum Thatbestande des Todtschlages freilich auch eine vorsätzliche, nicht mit Ueberlegung, in „geschheit" ausgeführte Tödtung, begnügt sich aber hiermit nicht, sondern fordert ferner, daß sie im Affecte des Zornes verübt wurde, entsprechend der Auffassung des älteren deutschen Rechtes, das bei dem Todtschlage auf das Motiv, auf den vom Getödteten provocirten Zorn und das aus ihm entspringende Rachegefühl des Thäters Gewicht legt[2]). Der Todtschlag im Sinne des heutigen

1) Sie war schon in das bayer. Strfgb. von 1813 übergegangen und diesem folgten die meisten anderen deutsch. Strfgb.

2) Hälschner Syst. II S. 34. 49. 58. Allfeld a. a. O. S. 94.

Digitized by Google

Strafrechts, nur durch den Mangel der Ueberlegung charakterisirt, hat daher eine viel umfassendere Bedeutung als im Sinne der Carolina[1]).

Zum Thatbestande dieser minder strafbaren Form des Todtschlages fordert also das Gesetz in positiver Weise ein Handeln im Affecte und eine besondere Veranlassung und Beschaffenheit des

1) Weil die Carolina die Jähheit, den Affect aus dem der Todtschlag entspringt, näher specialisirt, so ist es gewiß richtig, daß, wie Allfeld S. 96 hervorhebt, der Affect in diesem Sinne und die Prämeditation nicht den ganzen dolus umfassen. Wohl aber umfaßt das Handeln mit Ueberlegung und das Handeln in einem die Ueberlegung ausschließenden Affecte das ganze Gebiet des dolosen Handelns. Es ist durchaus unrichtig einen Affect nur dann annehmen zu wollen, wenn er sich wie bei dem Jähzornigen nach außen hin in einem Aufbrausen des Gefühles, in heftigen Körperbewegungen, dem Ausbruche unüberlegter Worte und Thaten kund giebt. Entscheidend ist allein dies, daß der Handelnde sich widerstandslos der Herrschaft einer aus irgend welcher Gefühlserregung entsprungenen Vorstellung hingiebt, es nicht unternimmt durch Ueberlegung sich dieser Herrschaft zu entziehen und sich dazu treiben läßt der vorgestellten Zwecksetzung entsprechend zu handeln. Das thut, ohne daß irgend welche Aufregung zu bemerken wäre, jeder Mensch täglich, weil er täglich wiederkehrenden Reizen und Gefühlen gegenüber vermöge der Gewöhnung der Ueberlegung, wie er sich richtig zu verhalten habe, nicht bedarf, und es ist gut wenn uns das erlaubte, das rechtlich und sittlich pflichtmäßige Handeln so zur andern Natur wird, daß wir des Erwägens nicht bedürfen. Wem das Böse, Strafbare zur andern Natur geworden ist, der wird ebenso ohne eine besondre Aufregung zu bemerken, ohne jede Ueberlegung das Strafbare thun, wenn irgend ein Anlaß sein Gefühl anregt und die Vorstellung solcher Zwecksetzung weckt. Trotz des kalten Blutes und Benehmens wird im Affecte gehandelt, weil der Handelnde der Gefühlserregung, ohne die ein Wollen und Handeln undenkbar ist, sich unmittelbar hingiebt und von ihr bestimmen läßt. Giebt es, wie Allfeld S. 97 annimmt, Menschen die aus reiner Lust Blut zu sehen vorsätzlich aber unüberlegt Menschen tödten, so handeln sie, trotz ihres ruhigen kalten Benehmens, im Affecte, weil sie sich dem erregten Lustgefühle ohne Ueberlegung hingeben. Die Behauptung Allfeld's, daß der nicht überlegte Entschluß nicht immer aus dem erregten Gefühle zu entspringen brauche, seine Quelle in dem augenblicklichen, durch schnell auftauchende Gelegenheit erweckten Verlangen nach einem Vortheile oder nach dem Vermeiden eines Nachtheils haben könne, ist absoluter Widerspruch, denn es heißt dies nichts anderes, als daß der unüberlegte Entschluß unmittelbar, nicht vermittelt durch eine Ueberlegung, aus einem Gefühle der Lust oder Unlust d. h. also aus dem Affecte entsprang. Es bleibt also dabei, daß alle menschliche Handlungen aus dem Affecte entspringen, entweder unmittelbar oder vermittelt durch Ueberlegung, und daß es keine Handlungen giebt, bei denen weder das Eine noch das Andere der Fall wäre.

Digitized by Google

Affectes. Es wird vorausgesetzt, daß der Todtschlag im Zorne verübt, und der Thäter durch den Getödteten mittelst schwerer Beleidigung oder Mißhandlung zum Zorne gereizt war. Diese Reizung bildet das strafmildernde Moment und es bleibt dem Ermessen des Richters überlassen ob die Beleidigung, die Mißhandlung als eine solche zu betrachten sei, welche das hohe Maß des Affectes erklärlich und gerechtfertigt erscheinen läßt. Nur in diesem Sinne wird eine schwere Beleidung gefordert, und als solche ist darum hier keineswegs nur die durch höhere Strafe gesetzlich ausgezeichnete Beleidigung zu betrachten[1]). Als Beleidigung und Mißhandlung ist überhaupt nicht bloß diejenige Handlung anzusehen die als Beleidigung oder Mißhandlung zu strafen sein würde, sondern eine jede den Zorn rechtfertigende Kränkung des Selbst- und Ehrgefühls, oder irgend eine Thätlichkeit gleichviel unter welche strafrechtliche Kategorie sie fallen möge[2]). Als eine den Zorn rechtfertigende Handlung kann niemals diejenige angesehen werden, der sich der Thäter pflichtmäßig zu unterwerfen hatte, weil sie selbst eine berechtigte oder pflichtmäßige des dazu Berufenen, insbesondere eines Beamten war. Ob die Provocation eine vom Thäter nicht verschuldete war, hat der Richter im concreten Falle zu beurtheilen, wobei aber daran festzuhalten sein wird, daß nicht jeder Anlaß, den der Thäter selbst zu der erlittenen Provocation gab, hinreichen wird um diese als eine verschuldete erscheinen zu lassen[3]). Als Angehörige sind die in § 52 des Strafgesetzbuches bezeichneten Personen zu betrachten. Als entscheidend für das geminderte Maß der Schuld und Strafbarkeit erscheint aber nicht der entschuldbare Zorn an sich, sondern der Umstand, daß durch ihn die Ueberlegung ausgeschlossen wurde. Eben dies setzt das Gesetz voraus, wenn es fordert, daß sich der Thäter durch den Zorn auf der Stelle zur That hinreißen ließ[4]). Es muß also die That in dem noch fort-

1) Oppenhoff § 213 Nr. 5. Schwarze § 213 Nr. 4. Rubo § 213 Nr. 4.

2) Darum sprach das bad. Strfgb. § 210 nicht bloß von Beleidigungen, sondern auch Kränkungen. Thilo Commentar S. 224. Schwarze a. a. O. Holtzendorff a. a. O. S. 437. Der preuß. Entwurf von 1829 erwähnte noch grobe Rechtsverletzungen, die aber gestrichen wurden, weil auch sie, z. B. der Ehebruch, als schwere Beleidigungen zu betrachten seien.

3) Beseler Comment. S. 352. Goltd. Mat. II S. 374. Oppenhoff § 213 Nr. 3. Schwarze § 213 Nr. 2. Olshausen § 213 Nr. 3.

4) Oppenhoff § 213 Nr. 8. Schwarze § 213 Nr. 5. Holtzendorff in s. Hdbch. III S. 436. H. Meyer S. 429.

Digitized by Google

dauernden Zustande des die Ueberlegung verhindernden Affectes verübt sein, womit nicht ausgeschlossen ist, daß zwischen der Reizung zum Zorne und der That irgend ein Zeitraum mitten inne liegt, wofern nur nicht ein Zustand der Ueberlegung eingetreten war.

Gab die neuere Gesetzgebung dem Todtschlage eine viel ausgedehntere Bedeutung als die Carolina, so war es unabweisbares Bedürfniß den Todtschlag im Sinne der Carolina als gesetzlich ausgezeichneten Fall zu behandeln. Vermag die anzuerkennende Berechtigung des durch Provocation hervorgerufenen Zornes den Todtschlag selbst nicht zu entschuldigen, so muß ihr doch ein die Schuld und Strafbarkeit wesentlich mindernder Einfluß zugestanden werden. Welch anders geartetem und anders veranlaßtem Affecte aber eine gleiche Berechtigung und gleicher strafmindernder Einfluß zuzugestehen sei, ist nicht wohl abzusehen und jedenfalls hat sich bei den Gesetzgebungsarbeiten seit 1813 niemals ein in der Praxis erkanntes Bedürfniß anders geartete Todtschläge dem im provocirten Zorne verübten gleich zu stellen, geltend gemacht. Nach § 213 ist aber der Todtschlag mit Gefängniß von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen, nicht nur in dem zunächst erwähnten gesetzlich ausgezeichneten Falle, sondern, in Folge eines Reichstagsbeschlusses, auch in allen andern Fällen, in denen andere mildernde Umstände vorhanden sind, — eine in jeder Beziehung fehlerhafte und übereilte Bestimmung, bei der man sich schwerlich vergegenwärtigt hat wie wohl etwa diese anderen mildernden Umstände beschaffen sein müßten, wenn sie eine Strafe von sechs Monate Gefängniß rechtfertigen sollen. Geht das Gesetz davon aus, daß der Todtschlag nicht nur in einem besonderen Falle, sondern in vielen verschieden gestalteten Fällen nicht mit Zuchthaus von mindestens fünf Jahren gestraft werden dürfe, sondern nur mit Gefängniß von wenigstens sechs Monaten, so würde es correct und folgerecht gewesen sein in § 212 hinzuzufügen, daß bei mildernden Umständen Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten zu verhängen sei, dagegen auf Hervorhebung eines speciellen Falles, in welchem der Richter mildernde Umstände als vorhanden anzunehmen habe, ganz zu verzichten[1]). Ferner aber waren die Strafsatzungen der §§ 212 und 213 correct nur unter der richtigen Voraussetzung,

1) Vgl. die treffenden Ausführungen John's in Goltd. Arch. XXV S. 394 f.

Digitized by Google

von der die Entwürfe ausgingen, daß die Schuld bei dem in provocirtem Zorne verübten Todtschlage eine wesentlich geringere sei als in allen andern Fällen des Todtschlages. Geht aber das Gesetz davon aus, daß der Unterschied jenes Falles des Todtschlages und der übrigen kein specifischer sei, daß mancherlei andere Fälle jenem gleichkommen oder sich ihm nähern, daß also beim Todtschlage die möglichen Schuldunterschiede überall nur fließende sind, denen ein Strafminimum von sechs Monaten Gefängniß und ein Strafmaximum von fünfzehn Jahren Zuchthaus entspricht, so ist es durchaus fehlerhaft, daß die beiden Strafsatzungen sich nicht ebenso unmittelbar aneinander anschließen, daß die Strafe von fünf Jahren Gefängniß zu fünf Jahren Zuchthaus überspringt und es unzulässig ist ein dazwischen liegendes Strafmaß zu verhängen, ein Fehler der zu vermeiden war, wenn das Strafminimum für den nicht mit mildernden Umständen verbundenen Todtschlag auf drei Jahre Zuchthaus herabgesetzt wurde. Freilich würde damit das bereits bestehende Mißverhältniß der Strafe des Todtschlages und des Mordes noch weiter gesteigert worden sein[1]).

§ 16. Durch schwerere Strafe, nämlich Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliches Zuchthaus ist ausgezeichnet

1. die bei Unternehmung einer strafbaren Handlung verübte vorsätzliche Tödtung um ein der Ausführung entgegentretendes Hinderniß zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen[2]). Das Gesetz specialisirt hier also den dolus

1) Die auffallende Vermehrung der strafbaren Handlungen ist gewiß weit über das richtige Maß hinaus dem Strafgesetzbuche und einer zu weit gehenden Milde desselben beigelegt worden. Den Vorwurf kann es aber nicht von sich ablehnen, daß seine Werthschätzung des Lebens, der Gesundheit, Freiheit, Ehre einerseits und des Vermögens andrerseits in auffallendem Mißverhältnisse steht, dieses zu hoch, jene Güter zu niedrig taxirt sind. Davon giebt § 213 ein Beispiel, und bei der vorsätzlichen Tödtung bis auf ein Strafminimum von sechs Monaten Gefängniß herabzugehen ist eine alles Maß überschreitende, jedes richtige Verhältniß zu andern Strafsatzungen verletzende Milde. John a. a. O. zeigt, daß das deutsche Strfgb. das bisher in Deutschland anerkannte Minimum der Todtschlagsstrafe um mehr als das Zehnfache herabgesetzt hat. Vgl. auch H. Meyer im G.-Saal 1881 S. 145.

2) Strfgb. § 214. Diese, mit veränderter Strafsatzung aus dem preuß. Strfgb. beibehaltene Bestimmung hatte dieses dem würtemb. Strfgb. 245 nachgebildet, das sie in verbesserter Gestalt dem Code pénal 304 entnommen hatte. Goltd. Mat. II S. 376. Beseler S. 353. Mittermaier Todtschlag im Zusammentreffen mit andern Verbrechen, in Goltd. Arch. III

Digitized by Google

dadurch, daß es die auf die angegebene Zweckbestimmung bezogene Absicht zu tödten voraussetzt, dagegen den Unterschied der Tödtung mit oder nicht mit Ueberlegung nicht hervorhebt. Gleichwohl giebt schon die Strafsatzung zu erkennen, daß es sich um einen Todtschlag handelt und in den meisten Fällen wird es sich gewiß so verhalten, daß der durch unerwarteten Widerstand oder durch die Gefahr ergriffen und gestraft zu werden überraschte Thäter ohne Ueberlegung tödtete. Selbst wenn er sich auf eine solche Eventualität dadurch vorbereitete, daß er Waffen bei sich führte, wird es nicht unbedingt ausgeschlossen erscheinen, daß die Tödtung nicht mit Ueberlegung ausgeführt worden sei. Der Zweck um dessentwillen getödtet wird, erscheint also als erschwerender Umstand des Todtschlages und kann unmöglich zugleich als mildernder Umstand bei Verübung eines Mordes betrachtet werden. Wird also festgestellt, daß die Tödtung mit Ueberlegung ausgeführt wurde, so kann der Umstand, daß um des in § 214 bezeichneten Zweckes willen getödtet wurde, nicht hindern, daß die That als Mord gestraft wird[1]). Als unternommen im Sinne des § 214 wird die strafbare Handlung nicht erst dann erscheinen, wenn die gesetzlichen Erfordernisse eines Versuches vorliegen[2]), und es handelt sich demnach entweder um den Fall eines einfachen Todtschlages, wofern derselbe im Stadium der Vorbereitung der betreffenden strafbaren Handlung verübt wurde, oder auch im Stadium des Versuches eines Delictes, dessen Versuch gesetzlich nicht strafbar ist, oder es handelt sich um den Fall der Concurrenz des Todtschlages mit einem versuchten oder vollendetem Delicte. Wird der Todtschlag verübt um ein der Ausführung des Delictes entgegentretendes Hinderniß zu beseitigen, so wird er selbstverständlich in das Stadium der Vorbereitung oder des Versuches fallen. Der Todtschlag wird vor wie nach der Vollendung verübt werden können,

---

S. 145. Gegen diesen gesetzlich ausgezeichneten Fall des Todtschlages John Entwurf S. 433.

1) Oppenhoff § 214 Nr. 7, § 211 Nr. 18. Schwarze § 214 Nr. 1. Berner S. 491. Thomsen im G.-Saal 1878. H. Meyer S. 428. Olshausen § 214 Nr. 1. Dagegen Rubo § 214 Nr. 3, auch scheint Holtzendorff a. a. O. anzunehmen, daß, wenn um des gedachten Zweckes willen getödtet wurde, die Strafe des Mordes stets ausgeschlossen bleibe, weil sie an der Schwierigkeit, die Ueberlegung zu beweisen, scheitere.

2) Temme Lehrbch. S. 801. Rubo § 214 Nr. 1. Holtzendorff a. a. O. S. 441. Olshausen § 214 Nr. 2.

Digitized by Google

wenn es in der Absicht geschieht sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen. Ob der Getödtete den Thäter ergreifen wollte um seine Bestrafung zu veranlassen, oder etwa nur um ihm entwendete Sachen abzunehmen, eine entführte Person zu befreien, ist ebenso indifferent wie der Umstand, ob der Thäter aus Furcht vor Strafe oder um sich die Vortheile des verübten Delictes zu sichern den Verfolger tödtete[1]).

Ergreifung auf frischer That erfordert, daß sie während der Verübung, oder im Momente der Vollendung der That oder bei der unmittelbar an diese sich anschließende Verfolgung des Thäters stattfinde[2]). Darauf, daß der Getödtete den Thäter bei seinem strafbaren Unternehmen wirklich behinderte oder wirklich mit Ergreifung bedrohte kommt es nicht an, denn § 214 wird auch dann anzuwenden sein, wenn der Thäter in Besorgniß einer möglichen Behinderung oder Ergreifung, oder auch in der irrthümlichen Voraussetzung einer solchen den Todtschlag verübte. Dagegen findet er nicht Anwendung wenn die Tödtung verübt wurde, nicht um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen, sondern späterhin um sich gegen strafrechtliche Verfolgung zu sichern oder der drohenden Verhaftung zu entgehen. Kann auch eine in solcher Absicht verübte vorsätzliche Tödtung sehr wohl als Todtschlag erscheinen, so ist dieser nach § 212 zu strafen[3]) und außerdem die betreffende strafbare Handlung als eine mit dem Todtschlage concurrirende. Damit ergiebt sich freilich die Incongruenz, daß, wenn das concurrirende Delict nur eine zeitige Freiheitsstrafe nach sich zieht, der Todtschläger nie eine höhere Strafe als fünfzehn Jahre Zuchthaus erhalten kann, obwohl nicht einzusehen ist, warum die Schuld dessen der, um der Ergreifung auf frischer That zu entgehen, den Todtschlag verübt eine wesentlich schwerere als die Schuld dessen sein soll, der späterhin sich der Verhaftung durch einen Todtschlag entzieht.

Durch schwerere Strafe, Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliches Zuchthaus ist 2. ausgezeichnet der Todtschlag an einem Verwandten aufsteigender Linie[4]). Eine erhöhte Be-

1) Holtzendorff a. a. S. 442.

2) Brauer im G.-Saal 1855 II S. 292. Schwarze § 214 Nr. 2. Rubo § 214 Nr. 2.

3) Oppenhoff § 214 Nr. 6. Schwarze § 214 Nr. 6. Holtzendorff a. a. O. S. 442.

4) Strfgb. § 215. Goltd. Mat. II S. 378. Auch diese dem früheren

Digitized by Google

deutung gewinnt diese gesetzliche Auszeichnung noch dadurch, daß hier eine vom Getödteten ausgegangene Provocation keine Berücksichtigung findet[1]). Ohne Zweifel wird der Todtschlag an einem leiblichen[2]) Verwandten aufsteigender Linie, wenn im Uebrigen die Schuldmomente die gleichen sind, schwerer strafbar erscheinen als der Todtschlag eines anderen, in keinem besonderen Pietätsverhältniß zum Thäter stehenden Menschen. Aber das Pietätsverhältniß, dessen Verletzung hier als erschwerender Umstand erscheint, ist nicht ausschließlich an das Verwandtschaftsverhältniß geknüpft und kann auch als ein durch Liebe und Fürsorge der Pflegeeltern wohl begründetes und in gleichem Maße anzuerkennendes erscheinen. Nach der andern Seite würde der am eignen Kinde verübte Todtschlag vermöge der Verleugnung der elterlichen Liebe in gleichem Maße erschwert erscheinen als ein anderer Todtschlag. Vor allem aber kommt in Betracht nicht nur, daß das erschwerende Moment durch das mildernde des durch Provocation Seitens des Getödteten hervorgerufenen Zornes des Thäters aufgewogen werden kann, sondern auch dies, daß, hiervon abgesehen, gewiß sehr häufig der Todtschlag des Ascendenten von diesem insofern mitverschuldet sein wird, als er selbst das Pietätsverhältniß zerstörte und den Haß aus dem die That entsprang groß zog[3]). Ein wirkliches Bedürfniß der gesetzlichen Auszeichnung dieses Falles kann darum nicht anerkannt werden, und auch in den Fällen in denen das erschwerende Moment nicht durch andere strafmindernde aufgewogen wird, würde das Strafmaximum des einfachen Todtschlages ausreichend erscheinen[4]).

---

deutschen Strafrechte fremde Auszeichnung des Todtschlages an Verwandten ist dem Code pénal entnommen. Von den älteren deutschen Strfgb. kennt sie das österreichische, von den neueren haben sie das preuß., oldenburg. und bayer. aufgenommen. Das hess. gedenkt des Verwandten-Todtschlages als Strafzumessungsgrundes.

1) Dagegen hat das bayer. Strfgb. sie ausdrücklich angeordnet.

2) Nur solche sind hier gemeint, Holtzendorff a. a. O. S 443. Oppenhoff § 215 Nr. 1.

3) Dies erkennen die Motive I Entwf. § 135—194 selbst an, und fügen deshalb hinzu, daß darum nicht selten Herabsetzung der Strafe im Gnadenwege eintreten werde. Es bleibt aber ein Fehler das Gesetz so einzurichten, daß seine Correctur durch die Gnade vorgesehen werden muß.

4) Gegen die gesetzliche Auszeichnung des Ascendenten-Todtschlags John Entwf. S. 433. Holtzendorff a. a. O. S. 443, ebenso die meisten Kritiker des Entwurfs, Krämel, Held, Häberlin, Wächter, Merkel, Geyer.

Digitized by Google

§ 17. Mord ist die vorsätzliche Tödtung wofern sie mit Ueberlegung ausgeführt wurde[1]). Der Ausdruck „mit Ueberlegung" durch den das deutsche Strafgesetzbuch, dem preußischen folgend, den Mord charakterisirt, bezeichnet ebenso wie der Ausdruck „mit Vorbedacht", den andere Gesetzbücher gewählt haben[2]), das normale Verhalten des zu seiner That frei sich selbst bestimmden Menschen. Ein solches Verhalten erfordert, daß er sich nicht der momentanen Gefühlserregung hingiebt, sondern sich in dem Sinne unabhängig von ihr entscheidet, daß er durch sie veranlaßt zunächst zu einer Erwägung übergeht, zu einer verständigen Reflexion über das Verhältniß der anzuwendenden Mittel zum Erfolge, des Erfolges zum Zwecke der That, der That zur rechtlichen Pflicht, und daß die That wirklich das Ergebniß des aus solcher Erwägung erwachsenen Entschlusses sei[3]).

Die Ueberlegung, wenn eine solche überhaupt stattfindet, wird sich unvermeidlich, wenn auch nicht immer in gleichem und ausreichendem Maße auf alle jene Verhältnisse beziehen[4]). Sie wird sich beziehen auf das Verhältniß der anzuwendenden Mittel, der Art der vorsätzlichen Thätigkeit zu dem beabsichtigten Erfolge. Es wird erwogen werden, in welcher Weise der Erfolg unter den gegebenen Umständen am zweckmäßigsten und sichersten zu erreichen sei, gewiß auch die Frage wie dafür gesorgt werden könne, daß die That und der Thäter unentdeckt bleiben. Wenn, wie angeführt, der Todtschlag nicht denkbar ist ohne klare Vorstellung des Verhältnisses der Mittel zum beabsichtigten Erfolge, so ist doch jene zu einem durchdachten Beschlusse führende Ueberlegung etwas von dieser Vorstellung specifisch Verschiedenes. Der Todtschläger ergreift ohne Ueberlegung das nächste sich ihm darbietende Mittel der Tödtung und nicht selten findet der Todtschlag gerade nur darin seine Erklärung, daß sich im Augenblicke des Affectes dem Thäter ein geeignetes Mittel zufällig darbot. Die Ueberlegung

---

1) Strfgb. § 111.

2) Die Erwägung, daß der Ausdruck: „mit Vorbedacht" Veranlassung geben könnte auf das Zeitmoment ein ungebührliches Gewicht zu legen, war der Grund, daß ihn dort das preuß. Strfgb. vermied.

3) Daß der Entschluß Ergebniß einer Ueberlegung war, ist das Entscheidende, und insofern ist es richtig, wenn Glaser Bemerk. z. Entwurf f. Zürich S. 64 den Mord als mit überlegtem Entschlusse verübte Tödtung bezeichnet. Vgl. Berner S. 487.

4) Vgl. Berner S. 488. Holtzendorff a. a. O. S. 428.

Digitized by Google

wird sich ferner beziehen auf das Verhältniß des beabsichtigten Erfolges zum Zwecke. Es wird erwogen werden ob Tödtung oder vielleicht irgend ein anderer herbeizuführender Erfolg dem Zwecke zu dienen, dem Interesse des Thäters zu entsprechen vermöge, und es wird sich aus der Vergleichung verschiedener vorgestellter Erfolge der Beschluß ergeben zu tödten, weil damit besser als in anderer Weise das Interesse seine Befriedigung finde. Wiederum ist ein Todtschlag nicht denkbar ohne klare Vorstellung vom Verhältnisse des Erfolges zum Zwecke, aber es trägt diese Vorstellung nichts von Ueberlegung an sich, wenn jede Vergleichung derselben mit anderen Vorstellungen, jede Erwägung darüber ob nur Tödtung oder auch irgend ein anderer Erfolg dem Zwecke zu dienen vermöge, mangelt.

Ohne daß in den angegebenen Beziehungen Ueberlegung stattgefunden habe, ist Mord nicht denkbar, und die Feststellung, daß eine derartige Ueberlegung stattgefunden habe ist im concreten Falle von entscheidender Bedeutung für die Frage ob Mord oder Todtschlag anzunehmen sei. Der Beweis, daß die vorsätzliche Tödtung Mord sei, wird meistens nur geführt werden können weil und soweit in dem Benehmen des Thäters sich kund giebt, daß Erwägungen der gedachten Art der That vorangingen. Das den Mord charakterisirende Schuldmoment ist aber nicht allein durch diese Erwägungen bedingt, sondern wesentlich dadurch, daß seine Ueberlegung sich auch auf das Verhältniß seiner That zur rechtlichen Pflicht bezog, daß er die That mit dem vollen, klaren Bewußtsein ihres rechtlichen Werthes verübte[1]), während der Todtschlag sehr wohl möglich ist, ohne daß der Thäter auch nur zu einer klaren Vorstellung von der Verwerflichkeit und Strafbarkeit seiner That, viel weniger zu einer besonnenen Erwägung seiner rechtlichen und sittlichen Pflicht gelangte. Die auf das Verhältniß der That zur Pflicht sich beziehende Ueberlegung ist ein innerer Vorgang, der an sich und als solcher gewiß höchst selten sich nach außen hin kund geben wird. Mit vollem Rechte wird aber geschlossen werden, daß auch in dieser Beziehung Ueberlegung stattfand, wenn festgestellt ist, daß der Thäter zum Entschlusse erst gelangte, nachdem er das Verhältniß der Mittel zum beabsichtigten Erfolge wie des Erfolges zum Zwecke erwogen und überlegt hatte. Wer die Kraft der Selbstbeherrschung besitzt, die dazu gehört der

1) Holtzendorff a. a. O. S. 429. Dagegen Olshausen § 211 Nr. 6.



Digitized by Google

momentanen Gefühlserregung Widerstand zu leisten, einen plötzlichen Ausbruch der Willensthätigkeit zu hemmen um Raum für besonnene Ueberlegung zu gewinnen, der wird, sofern er zurechnungsfähig ist, seine Erwägungen unmöglich auf die Frage wie er seinen Interessen zu dienen vermöge und welche Mittel er wählen solle beschränken und beschränken können, denn wenn überhaupt ruhige Ueberlegung stattfindet wird auch unwillkürlich die an die Pflicht mahnende Stimme des Gewissens sich geltend machen, und den Thäter, wenn er am Entschlusse festhalten will, nöthigen sie nieder zu kämpfen.

Daß der Mörder trotz der Ueberlegung, trotz der besonnenen Vergleichung des beabsichtigten Erfolges mit anderen die er erstreben könnte und sollte, trotz des klaren Bewußtseins vom rechtlichen Werthe der That, dennoch den Entschluß faßte, bedingt das hohe Maß seiner, von der des Todtschlägers specifisch verschiedenen Schuld, und diese wird dadurch nicht gemindert, daß der Entschluß einer Leidenschaft entsprang[1]). Die Leidenschaft kann, wie die des

1) Daß das Maß der Schuld bei dem Morde nicht weniger wie bei dem Todtschlage ein verschiedenes, namentlich durch den sittlichen Werth der Motive bedingtes, ist, daß es dieselbigen Motive sind, die zum Morde wie zum Todtschlage führen, kann nicht zweifelhaft sein. Daß aber, wie Holtzendorff Psychologie des Mordes S. 11 behauptet, die größere oder geringere Strafbarkeit aller vorsätzlichen Tödtungen nur in allmäligen Abstufungen nach der sittlichen Eigenschaft der Motive, nicht nach dem Gegensatze von überlegter und nicht überlegter Ausführung bemessen werden kann, muß bestritten werden. Die Verschiedenheit der Motive kann bewirken, daß die Schuld des Todtschlägers der des Mörders nahe oder auch gleich kommt, und die Gesetzgebung hat dies, wenn auch in unzulänglicher Weise, anerkannt, aber der Werth des Motives kann den mitbestimmenden Einfluß des Unterschiedes von überlegtem und nicht überlegtem Handeln niemals ausschließen. Die Behauptung, a. a. O. S. 39, daß wo innerhalb der gleichen Summe vorsätzlicher Tödtungen die Ziffer des Todtschlages eine geringere, die des Mordes eine größere wird, ein Culturfortschritt anerkannt werden muß, weil sich damit zeigt, daß hier moralische Widerstandskräfte gegen das Uebergewicht der ersten leidenschaftlichen Erregung in Thätigkeit getreten sind, mag richtig sein, beweist aber nur, daß mit der im Allgemeinen steigenden Cultur gewöhnlich um so tieferer sittlicher Fall Einzelner Hand in Hand geht, beweist nicht irgend etwas dafür, daß der Todtschläger häufig „schändlicher und unsittlicher" handelt als der Mörder. Die „tiefe und gewaltige Leidenschaft" gegen die der Mörder vergebens ankämpft ist keine fremde ihn zwingende Macht, sondern eine zu verantwortende selbst geschaffene, und die Widerstandskraft die unfähig ist Widerstand zu leisten ist moralisch werthlos. Der Culturmensch, der

Digitized by Google

Jähzornes, der Rachsucht, der Grund davon sein, daß unüberlegt gehandelt wird, aber die Leidenschaft schließt keineswegs in allen Fällen die Ueberlegung aus. Sie bewirkt, daß der von ihr gefangen gehaltene Wille allen von ihrer motivirenden Macht ablenkenden Reflexionen unzugänglich erscheint, daß die Vorstellung der Pflicht sich ihr gegenüber ohnmächtig erweist, aber eben diese ihre Herrschaft über den Willen ist eine selbst verschuldete. Sie erlangt diese Herrschaft nur in allmäliger Entwickelung, in einer Reihe innerer Kämpfe in denen die Kraft sittlicher Willensbestimmung mehr und mehr erlahmt, und doch wird sie nur ausnahmsweise sich zu solcher Höhe steigern, daß im concreten Falle auf jeden Versuch ihr Widerstand zu leisten verzichtet würde. Die Gefühlserregung, welche die Ueberlegung verhindert und aus der sich der Todtschlag ergiebt, ist also eine wesentlich andere und anders zu beurtheilende als die Erregung der Leidenschaft, an der jede Ueberlegung, die zu einem andern Entschlusse führen könnte, abprallt und aus welcher der Mord entspringt.

Die Ueberlegung geht zeitlich betrachtet der Verübung der That voran, und eben deshalb ist der Mord auch als die mit Vorbedacht verübte Tödtung bezeichnet worden. Aber auch bei dem Todtschlage liegen die Vorstellungen aus denen er entspringt zeitlich vor der That, und in Betreff dieses zeitlichen Verhältnisses des Vorgestellten und seiner Verwirklichung durch die That findet darum ein wesentlicher Unterschied zwischen Mord und Todtschlag nicht statt. In der Regel wird freilich die zeitliche Differenz zwischen Beidem bei dem Morde eine größere sein als bei dem Todtschlage, aber einerseits kann eine alle Verhältnisse umfassende Ueberlegung in verhältnißmäßig kurzer Zeit verlaufen und zum Entschlusse führen, und andrerseits kann ein heftiger Affect für eine verhältmäßig längere Zeit die Ueberlegung hemmen und ausschließen. Der längere oder kürzere zwischen der zuerst auftauchenden Vorstellung einer zu verübenden Tödtung und der That liegende Zeitraum wird daher zwar als ein Anzeichen dafür betrachtet werden dürfen ob Mord oder Todtschlag vorliege, aber nicht als ein in allen Fällen entscheidendes Moment[1]). Während das preußische

trotz tieferer sittlicher Erkenntniß, trotz eines erworbenen gewissen Maßes von Selbstbeherrschung und Charakterbildung, seiner Leidenschaft folgend mit Ueberlegung mordet, steht gewiß sittlich viel tiefer als der Barbar, der seinem ungebrochnen Naturell folgend in der ersten Erregung seinen Gegner todtschlägt.

1) Berner S. 166. 486. Geyer Erört. S. 7. Schwarze im G.=

Digitized by Google

Strafgesetzbuch zum Morde forderte, daß mit Ueberlegung getödtet worden sei, fordert das deutsche, daß die Tödtung mit Ueberlegung ausgeführt sei[1]). Daraus wird nicht gefolgert werden dürfen, daß es genüge, wenn die Ausführung von irgend welcher Ueberlegung begleitet war, denn mit Ueberlegung ausgeführt ist die That doch immer nur, falls sie auf Grund einer vorangegangenen Ueberlegung, in Folge eines nach Ueberlegung gefaßten Entschlusses ausgeführt wurde. Der Thäter kann die Absicht zu tödten im Zustande des Affectes ohne Ueberlegung fassen, während die That selbst erst erfolgt, nachdem eine über den Zustand des Affectes hinausreichende und ihn verdrängende Ueberlegung eingetreten war, vermöge deren die festgehaltene Absicht und damit die That in ihrem ganzen Umfange als eine überlegte erscheint. Ist dagegen der zur That überführende Entschluß ohne Ueberlegung gefaßt, so kann irgend ein die Ausführung begleitendes Moment der Ueberlegung den Todtschlag nicht in Mord verwandeln, und der Todtschläger wird dadurch noch nicht zum Mörder, daß er in der Erkenntniß ein ungeeignetes Mittel gewählt zu haben so viel Ueberlegung gewinnt, um ein geeigneteres zu wählen, oder daß er von

---

Saal 1859 S. 321, 1861 S. 462. Oppenhoff § 211 Nr. 12. Olshausen § 211 Nr. 6.

1) Der I Entwf. war dem preuß. Strfgb. gefolgt, der II Entwf. hatte dagegen die jetzige, dem sächs. Strfgb. entlehnte Fassung vorgezogen. Die Motive bezeichnen es als eine Aenderung der Begriffsbestimmung, daß die Zeit der Ausführung als entscheidend bezeichnet sei und demgemäß behaupten Schwarze § 212 Nr. 1. Buchelt § 211—213 Nr. 4. Ruhstrat im G.-Saal 1872 S. 252. Olshausen § 211 Nr. 5, daß es sich nicht bloß um eine redactionelle Aenderung handle. Damit stimmen überein H. Meyer S. 427 und Rüdorff § 211 Nr. 1, obwohl sie es tadeln, daß das Gesetz nur zur Zeit der Ausführung Ueberlegung fordert. Holtzendorff billigt die Fassung des Gesetzes, durch welche Untersuchungen über den Seelenzustand des Thäters vor der That zurückgedrängt seien, womit nicht übereinstimmt, daß er gleichwohl Ausführung nach vorbedachtem Plane mit vorher gewählten Mitteln fordert. Welcher nicht bloß redactioneller Unterschied zwischen den Worten: „tödten" und „eine Tödtung ausführen" stattfinden soll, ist durchaus unverständlich, und eben deshalb ist ebensowenig ein sachlicher Unterschied der Fassung des preuß. und des deutsch. Strfgb. aufzufinden. Unter Ausführung mit Ueberlegung wird mit vollem Rechte eine in ihrer besondern Art vorher überlegte Ausführung verstanden werden, nicht aber eine aus unüberlegtem Entschlusse entsprungene, nur von irgend welcher Ueberlegung begleitete. Oppenhoff § 211 Nr. 13. Kirchmann zu § 211. Urtheil des preuß. Ob.-Trib. in Goltd. Arch. XIX S. 681. XXV S. 56. Entsch. III S. 295.

Digitized by Google

seinem bereits verwundetem Opfer verscheucht, in der Erkenntniß, daß das Hinderniß beseitigt sei, zurückkehrt und die Tödtung vollendet[1]). Will man es als Ueberlegung bezeichnen, wenn der Thäter *während* Ausführung der That die gegebenen Umstände richtig würdigend, sein Benehmen ihnen entsprechend einrichtet, so bleibt zu berücksichtigen, daß nicht dies die den Mord charakterisirende Ueberlegung ist, sondern in erster Linie die besonnene Erwägung und klare Erkenntniß der rechtlichen Bedeutung der That. Umgekehrt wird der Mord durch irgend welchen die Ausführung der That begleitenden, aber sie nicht bestimmenden Affect nicht zum Todtschlage[2]). Es ist durchaus erklärlich, daß bei Ausführung der That der verhaltene Haß, aus dem der reiflich erwogene Entschluß entsprang, sich in heftiger Erregung entladet, daß die zum Schweigen gebrachte Stimme des Gewissens noch einmal laut wird und daß sie oder etwa der Widerstand des Opfers den Affect hervorruft. Selbst dann, wenn der Mörder in solchem Affecte in die Lage kommen sollte seinen wohlüberlegten Plan plötzlich modificiren zu müssen und die Tödtung in veränderter Art zur Ausführung zu bringen, ist noch kein ausreichender Grund vorhanden sie als Todtschlag zu betrachten. Dagegen wird ein Mord allerdings nicht anzunehmen sein, wenn die stattgehabte Ueberlegung zwar zu dem Beschlusse führte einen Mord zu verüben, der Entschluß zur Ausführung aber vorläufig noch vorbehalten wurde, und wenn dann bei unerwarteter Veranlassung die vorsätzliche Tödtung in Folge eines nicht mit Ueberlegung gefaßten Entschlusses, der als solcher mit jenem Beschlusse in keiner Verbindung steht, verübt wird[3]).

Die Strafe des Mordes ist Todesstrafe, mit der Verlust der Ehrenrechte verbunden werden kann.

---

1) Wenn Holtzendorff a. a. O. S. 427 auf derartige Fälle hinweist, so ist es richtig, daß ihre Beurtheilung Schwierigkeiten bereiten kann, aber mittlere Fälle, die zwischen Mord und Todtschlag stünden, sind es gewiß nicht.

2) Es wird sich in der Regel, wie Berner S. 487 richtig bemerkt, so verhalten, daß der bei Ausführung der That eintretende Affect Wirkung der That selbst, nicht deren Ursache ist. Vgl. Oppenhoff § 211 Nr. 14. Rüdorff § 211 Nr. 1. Anders Holtzendorff a. a. O. S. 428 nach dem dort von ihm angeführten Beispiele.

3) Vgl. Hälschner Syst. II S. 97. Rüdorff a. a. O. Oppenhoff § 211 Nr. 14. Schwarze § 212 Nr. 4 und in Goltd. Arch. XIX S. 722.

Digitized by Google

## 4. Tödtung des Einwilligenden.

### Literatur.

Abegg im Arch. 1840 S. 434. — Luden Abhandlungen II S. 436. — Dorn in Goltd. Arch. I S. 231. — Ebenda Böhlau V S 489. — Lion VI S. 465. — Mittermaier IX S. 433. — Abegg XIII S. 387. — Ortmann XXV S. 104 und XXVI S. 195. — Wächter im G.-Saal 1868 S. 5. — Zimmermann in Goltd. Arch. XXIX S. 435.

§ 18. Eine empfindliche Lücke des preußischen Strafgesetzbuches hat das deutsche dadurch ausgefüllt, daß es eine besondere Strafbestimmung für die vorsätzliche Tödtung des Einwilligenden aufnahm[1]).

Trotz mehrfacher auch noch heut nicht ausgeglichener Verschiedenheit der Auffassung[2]) herrscht darin Uebereinstimmung, daß

---

1) Sie wurden von der Bundes-Commission aus dem sächs. Strfgb. in den II Entwf. aufgenommen und war bereits in den meisten deutsch. Strfgb. enthalten. Ueber die unhaltbaren Gründen dafür, daß das preuß. Strfgb. sie wegließ Goltd. Mat. II S. 364.

2) Vgl. darüber Hälschner Syst. I S. 234 und oben Band I S. 470. Der neueste Vertheidiger des Satzes, daß die Tödtung des Einwilligenden nicht rechtswidrig sei, Ortmann a. a. O., geht davon aus, daß das Wesen des subjectiven Rechtes darin bestehe, daß einem concreten Wollen der Person von Seiten des objectiven Rechts die Bedeutung eines für das Wollen aller Anderen maßgebenden beigelegt sei, und zwar in dem Sinne, daß es in einem virtuellen Wollen d. h. in der rechtlichen Möglichkeit besteht eine Willensherrschaft in der betreffenden Beziehung auszuüben. Diese rechtliche Möglichkeit gehe nun auch demjenigen der auf sein Recht verzichtet so lange nicht verloren, als er den Verzicht widerrufen kann. Sofern es sich um ein Privatrecht handle, werde durch die Objectivirung des Verzichtleistungswillen der Uebergang des Rechts herbeigeführt. Das gelte vom Eigenthum, das schon durch die Dereliction, nicht erst durch die nachfolgende Occupation Seitens eines Anderen verloren gehe, aber so lange diese noch nicht erfolgte vom Derelinquirenden durch Occupation wieder erworben werden könne. Es gelte ebenso von jedem Privatrechte, gleichviel ob es ein veräußerliches oder unveräußerliches sei. Nur insofern bestehe zwischen einem veräußerlichen Vermögensrechte und einem Personenrechte, also auch dem Leben, eine Verschiedenheit, als jenes in commercio, dieses extra commercium sei, als man auf jenes in civilrechtlich bindender Weise Verzicht leisten könne, wogegen man ein durch Verzicht verloren gegangenes Personenrecht durch Widerruf des Verzichtes stets ohne Rücksicht auf eine Acceptation, die rechtlich wirkungslos sein würde, wieder erwerben kann. Jedes Privatrechtsgut, auch das Leben, streife also durch ernstliche Einwilligung in die Verletzung bis zum Widerruf die Eigenschaft des Rechtsgutes ab, dergestalt, daß der zur Verletzung Ermächtigte durch Verletzung kein Rechtsdelict

Digitized by Google

die vorsätzliche Tödtung eines Menschen, trotz seiner Einwilligung, nicht straflos gelassen werden darf, daß es aber ungerecht sein würde, sie anderen vorsätzlichen Tödtungen in der Strafbarkeit gleich zu stellen. Die Streitfrage ob die Tödtung des Einwilligenden als Rechtsverletzung zu betrachten sei oder nicht, ob sie ein s. g. Rechtsverbrechen oder nur ein Gesetzesverbrechen, ob sie um der Rechtswidrigkeit willen, oder nur aus Rücksichten der Gesetzgebungspolitik zu strafen sei, hat einen praktischen Werth höchstens dann, wenn das Gesetz eine derartige Tödtung wie das preußische Strafgesetzbuch mit Stillschweigen übergeht, nicht dann, wenn es wie das deutsche, für sie eine besondere Strafsatzung aufstellt.

Das Gesetz[1]) begnügt sich nicht damit die Einwilligung des Getödteten zu fordern, sondern fordert, daß diese Einwilligung sich als ausdrückliches und ernstliches Verlangen getödtet zu werden kund gegeben habe[2]). Es genügt also nicht, daß der Getödtete mit Gleichmuth dem Tode entgegensah, oder den Wunsch zu sterben äußerte, sondern er muß die Tödtung verlangt haben. Sie muß ausdrücklich verlangt, also der Wille getödtet zu werden nicht bloß

---

begehe. — Die Widerlegung dieser Auffassung hat Ortmann selbst geliefert, und würde dies erkannt haben, wenn er sich vergegenwärtigt hätte, warum und inwiefern die Personenrechte res extra commercium sind. Er würde gefunden haben, daß sie es eben insofern sind, als der Satz von dem er ausgeht, daß der virtuelle Wille das Recht auszuüben dem actuellen Verzichtleistungswillen gegenüber bedeutungslos sei, zwar in Betreff der Vermögensrechte, nicht aber der Personenrechte richtig ist, daß in Betreff ihrer der Verzicht und die Acceptation dem virtuellen Willen gegenüber bedeutunglos ist, daß die rechtliche Möglichkeit der Rechtsausübung nie durch die Acceptationshandlung eines Andern definitiv abgeschnitten werden darf, der Verzicht nie eine Ermächtigung hierzu ertheilen kann. Ortmann beruft sich auf das Beispiel dessen der den Einwilligenden einsperrt, und straflos ist, wofern er ihn nur in jedem Moment in dem der Einwilligende es fordert wieder frei läßt — vgl. darüber oben Bd. I S. 471. — Daraus kann nur folgen, daß man den Einwilligenden ohne Rechtsverletzung tödten darf, wofern man es vermag, ohne den virtuellen Willen aufzuheben, und wofern man den Getödteten wieder lebendig machen kann, sobald der virtuelle Wille sich als der actuelle Wille wieder leben zu wollen bethätigt. Der Auffassung Ortmann's folgt Rödenbeck Der Zweikampf u. s. w. S. 28 f.

1) Strfgb. § 216.

2) Dieses Verlangen ist allerdings nichts Anderes wie Einwilligung, wie Ortmann a. a. O. XXV S. 117 mit Recht gegen Oppenhoff und Schwarze geltend macht, aber es war gewiß zweckmäßig die Einwilligung näher als ernstliches Verlangen zu charakterisiren.

Digitized by Google

vermuthet oder aus anderweitigen Anzeichen gefolgert sein. Das Verlangen muß ein ernstliches also in einer Weise geäußert sein, daß dem Thäter über die wahre Willensbestimmung des Getödteten kein Zweifel blieb[1]). Der Thäter muß aber auch im Augenblicke der That selbst dieses ernstlichen Verlangens sicher gewesen sein, und es versteht sich darum von selbst, daß das ernstliche Verlangen unter gewissen Bedingung oder in späterer Zeit getödtet zu werden bedeutungslos ist[2]). Der Thäter muß endlich durch dieses Verlangen zur That bestimmt worden sein[3]).

Für die gesetzliche Auszeichnung dieses Falles der vorsätzlichen Tödtung ist in erster Linie entscheidend der sittliche Werth des Motives, das bei solcher That regelmäßig vorausgesetzt werden darf. Der Thäter tödtet nicht um zu schaden, sondern um dem Interesse und Wohle des Getödteten zu dienen, durch Mitgefühl, Mitleid, Liebe bestimmt befreit er den Getödteten von dem ihm als unerträgliches Uebel erscheinenden Leben. Diese motivirend wirkenden Gefühle können im Thäter durch den Zustand des Anderen hervorgerufen werden auch ohne, daß dieser das Verlangen getödtet zu werden äußert, und wenn sie den Thäter bestimmten durch irgend welche Aeußerung jenes Verlangen des Getödteten zu provociren, so wird man darum noch nicht behaupten dürfen, daß er nicht durch das Verlangen bestimmt und § 216 unanwendbar sei[4]). Anders wird es sich freilich verhalten, wenn der Thäter von irgend einem Motive, dem jener sittliche, die Schuld mindernde Werth keineswegs zukommt, ausgehend, arglistig, etwa durch Täuschungen, das Verlangen getödtet zu werden hervorruft[5]), denn hier bestimmte den Thäter sicher nicht das Verlangen des Getödteten. Wurde der Thäter durch das Verlangen wirklich bestimmt, so ist es für den Thatbestand des Delictes irrelevant, wenn dieser Bestimmungs-

---

1) Daß die Anwendung von § 216 nicht ausgeschlossen werde, wenn ein Unmündiger, Irrsinniger getödtet wurde, den der Thäter als solchen kannte, wofern er nur die Ernstlichkeit des Willens annehmen durfte, wie Holtzendorff a. a. O. behauptet, möchte doch zu bestreiten sein. Buchelt § 216 Nr. 1. Olshausen § 216 Nr. 2.

2) Holtzendorff a. a. O. S. 445. 447.

3) Ortmann a. a. O. S. 118. Schwarze § 216 Nr. 2. Olshausen § 216 Nr. 2.

4) Oppenhoff § 216 Nr. 3. Ortmann a. a. O. S. 117.

5) Oppenhoff a. a. O. H. Meyer S. 430. Olshausen § 216 Nr. 2. Dagegen Schwarze § 216 Nr. 4.

Digitized by Google

grund durch ein weiteres mitwirkendes Motiv unterstützt wurde[1]), und es würde ein solches höchstens auf die Strafzumessung Einfluß ausüben können.

Mit der Eigenthümlichkeit des vorausgesetzten Motives steht ein weiteres die geminderte Strafbarkeit rechtfertigendes Moment in nothwendiger Verbindung. Wenn nämlich das Verbrechen wesentlich nicht bloß als vereinzelte, das Recht verletzende Willensäußerung, sondern als Ergebniß einer allgemeinen auf das Allgemeine gerichteten Willensdisposition in Betracht kommt, und wenn darum auch die größere oder geringere Gefährlichkeit des Verbrechers und Verbrechens Einfluß auf das Maß der Strafbarkeit ausübt, so ergiebt sich von selbst, daß gerade bei der Tödtung des Einwilligenden von solcher Gefährlichkeit nicht die Rede sein kann.

Die Strafe ist Gefängniß nicht unter drei Jahren, und da § 216 nur vorsätzliche Tödtung voraussetzt ohne zu unterscheiden, ob sie mit oder nicht mit Ueberlegung ausgeführt wurde, so umfaßt diese Strafsatzung beide Fälle[2]) und es wird die Strafzumessung in erster Linie davon abhängig sein, ob die Tödtung als Mord oder Todtschlag erscheint. Es wird die Tödtung des Einwilligenden und sie Begehrenden gewiß in den meisten Fällen mit Ueberlegung verübt werden, aber die Möglichkeit eines Todtschlages ist nicht ausgeschlossen. Es handelt sich also um einen durch mildere Strafe ausgezeichneten Fall des Mordes wie des Todtschlages, und diese mildere Strafe wird unbedenklich auch dann Anwendung finden müssen, wenn es sich um Todtschlag an einem die Tödtung begehrenden Ascendenten handelt. Zweifelhaft kann dagegen das Verhältniß des § 216 zu § 213 erscheinen. Es ist jedenfalls ein, durch den Beschluß des Reichstages in den § 213 die Worte: „oder sind andere mildernde Umstände vorhanden", einzuschieben, verschuldeter, in seinen Folgen nicht berücksichtigter Fehler, daß nach § 213 der Todtschlag, wenn er unter mildernden Umständen verübt wurde, mit Gefängniß von sechs Monaten bestraft werden darf, dagegen der Todtschlag des Einwilligenden mit wenigsten drei Jahren Gefängniß bestraft werden soll. Wenn aber das Gesetz in § 216 ausdrücklich bestimmt, daß dem Verlangen des Getödteten

---

1) Oppenhoff a. a. O. H. Meyer a. a. O. Dagegen Schwarze § 216 Nr. 2.

2) Oppenhoff § 216 Nr. 2. Olshausen § 216 Nr. 1. John in Goltd. Arch. XXV S. 402.

Digitized by Google

ein weiter reichender strafmildernder Einfluß nicht eingeräumt werden dürfe, als der hier angeordnete, so wird dieses Verlangen selbst niemals als ein mildernder Umstand, der nach Maßgabe des § 213 eine Strafe von sechs Monaten Gefängniß rechtfertigen könnte, betrachtet werden dürfen, widrigenfalls § 216 überhaupt jede praktische Bedeutung verlieren würde. Gleichwohl bleibt die vorsätzliche Tödtung des sie Verlangenden, wenn sie nicht mit Ueberlegung ausgeführt wurde, ein Todtschlag im Sinne des § 212, der nach § 213 mit Gefängniß nicht unter sechs Monaten zu strafen ist, falls, von dem Verlangen abgesehen, anderweitige mildernde Umstände als vorhanden angenommen werden[1]). Ebendeshalb aber, weil die vorsätzliche Tödtung des sie Verlangenden nicht als ein eigenthümliches Vergehen anzusehen ist[2]), sondern als das Verbrechen des Mordes resp. des Todtschlages für das unter Berücksichtigung des bezeichneten mildernden Umstandes, ganz ebenso wie bei der Tödtung im Zorne und bei der Kindestödtung, eine Vergehensstrafe angeordnet ist, wird auch der Versuch als strafbar betrachtet werden müssen[3]).

## 5. Kindesmord.

### Literatur.

Ueber die dogmengeschichtliche Entwickelung der Lehre Wächter Lehrbuch II S. 149 f. Hälschner Syst. II S. 101. — In Betreff der gerichtl. medizin. Fragen vgl. Casper Handbuch der gerichtl. Medizin, 4. Aufl., heraus-

---

1) So Oppenhoff § 216 Nr. 6. H. Meyer S. 430. Thomsen im G.-Saal 1878 S. 90, der das Verlangen selbst als einen unter die „andern mildernden Umständen" des § 213 fallenden betrachtet. John in Goltd. Arch. XXV S. 403, der bei Tödtung des Verlangenden die Anwendung des § 213 als unbedingt ausgeschlossen betrachtet.

2) Oppenhoff a. a. O. Löwe Comment. z. St.-P.-O. § 262 Nr. 2c Dagegen Schwarze § 216. Olshausen § 216 Nr. 1.

3) Oppenhoff § 216 Nr. 6. Dagegen Rubo § 216 Nr. 4. Schwarze § 216 Nr. 6. Holtzendorff a. a. O. S. 447. Urtheil d. preuß. O.-Trib. in Goltd. Arch. XXVI S. 207. Die eben nicht von klarer Auffassung zeugenden Verhandlungen des Reichstages, auf die das Ob.-Trib. sich stützt, können unmöglich als entscheidend betrachtet werden. Olshausen § 216 Nr. 4. Zimmermann a. a. O. S. 440. Rsprch. II S. 521. Dagegen betrachtet das R.-G. die Körperverletzung, welche sich aus dem Versuche zu tödten ergeben hat, als vollendetes Delict für strafbar, ebenso Holtzendorff und Olshausen a. a. O. wonach eventuell die versuchte Tödtung schwerer als die vollendete zu strafen wäre. Dagegen Zimmermann a. a. O. S 441.

Digitized by Google

gegeben von Liman II. — Liman in Holtzendorff Hdbch. III S. 474. — von Fabrice Lehre von der Kindesabtreibung und vom Kindesmord 1868. — Strafrecht. Literatur: Gans Vom Verbrechen des Kindesmordes 1824. — Jordan Begriff und Strafe des Kindesmordes 1844. — Kunze Der Kindesmord 1860. — von Kleist Das Verbrechen der Kindestödtung 1862. — Schwarze Zur Lehre vom Verbrechen des Kindermordes, in Schletter's Annalen XXVIII S. 10. — Spangenberg im N. Arch. II S. 1. — Mittermaier ebenda XIII S. 1. — Hepp im Arch. 1847 S. 188.

§ 19. Kindesmord war auf Grund des Art. 131 der Carolina die technische Bezeichnung für den von der Mutter an dem neugebornen, unehelichen Kinde verübten Mord geworden, und das preußische Strafgesetzbuch behielt sie bei, obwohl es die Strafe des Kindesmordes nicht nur bei dem Morde, sondern auch bei dem Todtschlage eintreten läßt, wogegen das deutsche Strafgesetzbuch dieser vom älteren gemeinen Rechte abweichenden Fassung des Thatbestandes entsprechend, auch den Namen Kindesmord hat fallen lassen[1]). Aber nicht nur in dieser, sondern auch in anderer Beziehung ist die neuere Gesetzgebung vom Thatbestande des Kindesmordes, wie er sich gemeinrechtlich, freilich erst seit Ende des vorigen Jahrhunderts, festgestellt hatte, abgewichen. Im Widerspruche zum deutschen Gewohnheitsrechte und im Anschlusse an das kirchliche Strafrecht zeichnete die Carolina den Kindesmord durch Milderung der herkömmlichen Strafe aus, indem sie voraussetzt, daß Furcht vor Schande das Motiv der That sei, darum aber auch zum Thatbestande des Verbrechens forderte, daß der Mord des Kindes nach Verheimlichung der Schwangerschaft und der Geburt verübt wurde.

Wenn, wie die gesammte neuere deutsche Gesetzgebung, so auch das deutsche Strafgesetzbuch[2]) den s. g. Kindesmord durch wesentlich gemilderte Strafe auszeichnet, so doch jedenfalls nicht, weil es dem von der Carolina vorausgesetzten Motive die entscheidende Be-

---

1) Man wird den Namen Kindesmord immerhin als technische Bezeichnung beibehalten dürfen, denn es ist nichts damit gebessert, wenn man statt dessen von Kindestödtung spricht, es sei denn, daß man, wie von Kleist a. a. O., zur Kindestödtung auch die fahrlässige Tödtung des unehelichen Kindes durch die Mutter rechnen will. Um diese Bezeichnung zu rechtfertigen sucht Kleist zu zeigen, daß schon nach der Carolina nicht nur der Mord, sondern auch der Todtschlag des unehelichen Kindes Seitens der Mutter durch mildere Strafe ausgezeichnet gewesen sei, bleibt aber den Beweis schuldig, daß auch die fahrlässige Tödtung zu den privilegirten Tödtungsfällen gehöre.

2) § 217.

Digitized by Google

deutung beigemessen hätte, denn es betrachtet Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt nicht als nothwendige Momente im Thatbestande des Kindesmordes, läßt also die gemilderte Strafe auch in solchen Fällen eintreten, in denen, um der Offenkundigkeit der Schwangerschaft willen, von dem Wunsche der Thäterin die verlorene Ehre in den Augen der Welt sich zu wahren, als Motiv der That nicht die Rede sein kann. Insoweit aber die gesetzliche Normirung des Thatbestandes eine Hindeutung auf mildernde Umstände enthält, ergiebt sich, daß der Gesetzgeber wesentlich andere als jenes Motiv als die maßgebenden betrachtet hat.

Der Thatbestand erfordert 1) als Object ein uneheliches Kind. Für die Frage ob das Kind ein eheliches oder uneheliches war können hier die civilrechtlichen Normen und Präsumtionen in Betreff der Vaterschaft und der Ehelichkeit nicht als entscheidend betrachtet werden, und es sind ebendarum auch für die Beweisfrage nicht die civilrechtlichen Grundsätze, sondern die des Strafverfahrens maßgebend[1]). Unehelich ist das von einer unverheiratheten Person geborene Kind, aber auch das in der Ehe geborene nicht vom Ehemann erzeugte Kind, dagegen gewiß nicht das vor der Ehe vom Ehemann erzeugte, in der Ehe geborene Kind[2]). Das Gesetz geht von der Voraussetzung aus, daß die Mutter des unehelichen Kindes sich in der eigenthümlichen Lage befinde, durch welche die strafmildernden Umstände bedingt werden, denn nur auf die eigenthümliche Gestaltung der Schuld, nicht aber darauf, daß etwa dem Leben des unehelichen Kindes ein geringerer strafrechtlicher Schutz gebühre als dem Leben des ehelichen, sind diese Umstände zurückzuführen. Ebendeshalb wird für die Anwendung des § 217 schließlich die Thatsache entscheidend sein, daß die Mutter die That in der Ueberzeugung ihr uneheliches Kind zu tödten, verübte, oder er findet nicht nur dann Anwendung, wenn das Kind ein uneheliches war, sondern auch dann, wenn die Mutter erweislich das eheliche Kind irrthümlich als uneheliches betrachtete[3]). Umgekehrt wird § 217 nicht anwendbar sein, wofern die Mutter das uneheliche

1) Gans a. a. O. S. 31. Oppenhoff § 217 Nr. 2. Schwarze § 217 Nr. 1. Goltd. Mat. II S. 381. Goltd. Arch. V S. 745. XXV S. 146.

2) Berner S. 498. Goltd. Mat. II S. 381. Oppenhoff § 217 Nr. 4. Schwarze a. a. O. Olshausen § 217 Nr. 2. Dagegen Holtzendorff in seinem Hdbch. III S. 456.

3) Schwarze § 217 Nr. 1. Holtzendorff a. a. O. S. 450. Olshausen § 217 Nr. 5.

Digitized by Google

Kind erweislich als eheliches betrachtete. Soll die Thäterin der vollendeten Tödtung schuldig erachtet werden, so muß selbstverständlich festgestellt sein, daß ein lebendes Kind getödtet wurde, wogegen die alte Streitfrage, ob der Beweis der Lebensfähigkeit genüge, und ob das lebende, aber für nicht lebensfähig erklärte Kind Object der vollendeten Tödtung sein könne jetzt als beseitigt betrachtet werden darf[1]).

2) Die Tödtung muß in oder gleich nach der Geburt erfolgt sein. Hiernach liegt nicht Kindestödtung vor, wenn das Kind vor dem beginnenden Geburtsacte im Mutterleibe getödtet wurde. Als Tödtung in der Geburt wird die That zu betrachten sein wenn sie, nachdem der Geburtsact bereits begonnen hatte, bevor das Kind vollständig, namentlich auch durch Lösung der Nabelschnur, von der Mutter getrennt war, erfolgte[2]). Für die Frage, welche Tödtung als gleich nach der Geburt verübt zu betrachten sei, kann eine allgemeine Regel nicht aufgestellt werden, und die gesetzliche Feststellung eines Zeitpunktes, bis zu welchem die Tödtung erfolgt sein müsse, wenn die That als gleich nach der Geburt verübt betrachtet werden solle[3]), ist darum verwerflich, weil nicht die Zeit an sich, sondern der Umstand entscheidend ist, ob die Tödtung zu einer Zeit erfolgte, in welcher im concreten Falle die Gebärende sich noch in der Lage befand, welche das Gesetz als strafmildernd betrachtet[4]).

Auch die Carolina[2]) hatte vorausgesetzt, daß der Kindesmord an dem neugebornen Kinde verübt worden sei, aber nur in dem Sinne, daß ein Kindesmord dann nicht anzunehmen sei, wenn die Tödtung erst erfolgte, nachdem die Geburt, Leben und Dasein des Kindes bekannt geworden war. Die Annahme des Kindesmordes war also nicht ausgeschlossen, wenn die Tödtung auch erst eine ver-

---

1) Vgl. oben S. 21.

2) Goltd. Mat. II S. 382. Holtzendorff a. a. O. S. 453. Schwarz § 217 Nr. 2. Oppenhoff § 217 Nr. 6.

3) Wie dies die Strfgb. von Altenburg, Würtemberg, Braunschweig gethan hatten.

4) Darum wird man nicht mit H. Meyer S. 381 unmittelbare Aufeinanderfolge der Geburt und Tödtung fordern, auch nicht mit Rubo § 217 Nr. 4 die Zeit gleich nach der Geburt auf den Moment beschränken dürfen, in welchem die Mutter zum klaren Bewußtsein davon kommt, daß sie geboren habe. Oppenhoff § 217 Nr. 7. Entsch. II S. 153.

5) Art. 131 in Verbindung mit Art. 35 u. 36.

Digitized by Google

hältnißmäßig längere Zeit nach der Geburt stattfand, wofern es nur der Mutter gelungen war, bis dahin die Geburt und das Dasein des Kindes zu verbergen. Im Sinne des § 217 ist dagegen die Zeit gleich nach der Geburt eine viel enger begrenzte, weil das Gesetz nicht das Motiv der That, sondern den körperlichen und psychischen Zustand der Gebärenden als entscheidend betrachtet. Weil der körperliche Zustand der Gebärenden geeignet sei einen die Ueberlegung unterdrückenden, die Willenskraft lähmenden Einfluß auszuüben, einen Einfluß der bei der Mutter des unehelichen Kindes durch den Gedanken an die Folgen der Niederkunft und die daraus entspringenden Sorgen, noch gesteigert werde, erhielt § 180 des preußischen Strafgesetzbuches die Fassung die, von der Strafsatzung abgesehen, das deutsche Strafgesetzbuch beibehalten hat[1]). Die

---

1) Bei der Redaction des preuß. Strfgb., vgl. Goltd. Mat. II. S. 379 u. Hälschner Syst. II S. 112, ging man zunächst im Anschlusse an Feuerbach davon aus, daß der Grund der exceptionellen Behandlung des Kindesmordes allein in den Motiven der Thäterin zu suchen sei, darum sollte im Gesetze Kindesmord und Todtschlag unterschieden und dafür gesorgt werden, daß die Fälle in denen die That nicht aus jenen strafmildernden Motiven hervorging, gleich jeder andern Tödtung gestraft würden. Gegen diese Auffassung machte sich aber, besonders auf Mittermaier gestützt, die andere geltend, daß der durch den Geburtsact herbeigeführte Zustand der Thäterin, der annähernd als ein Zustand der Unzurechnungsfähigkeit geschildert wurde, als der in erster Linie entscheidende zu betrachten sei, daß auch der s. g. Kindesmord regelmäßig nicht als solcher, sondern als Todtschlag erscheine. Dem schloß sich der Staatsrath an, und § 180 des Strfgb. verdankt seine Fassung der Ansicht Mittermaier's von der „geminderten Zurechnungsfähigkeit" der Thäterin, und in die Denkschrift über die zur ständischen Berathung gestellten Fragen wurden Mittermaier's Ausführungen wörtlich aufgenommen. Diese s. g. geminderte Zurechnungsfähigkeit wird aber der Mutter des ehelichen Kindes ebenso zu gut kommen müssen wie der des unehelichen, und wenn bei der letzteren Sorgen um ihre und des Kindes Zukunft mitwirken werden, so können die Sorgen der ersteren, z. B. die einer Wittwe, möglicherweise ebenso schwere sein. Es ist darum eigentlich die unvermeidliche Consequenz jener Auffassung die gemilderte Strafe der Kindestödtung ebenso bei Tödtung des ehelichen wie unehelichen Kindes eintreten zu lassen, wie das österreichische, braunschweigische und bayerische Strfgb. von 1861 sie gezogen haben, am strengsten das letztere, während das österreich. und braunschweig. Strfgb. die Mutter des unehelichen Kindes durch weitergehende Milderung begünstigt. Die durchaus nicht seltenen Fälle des planmäßig, mit umfassender Ueberlegung verübten Kindesmordes zeigen, daß es nicht richtig ist bei jeder Gebärenden einen Zustand vorauszusetzen durch den die Ueberlegung aus-

Digitized by Google

Tödtung, die so lange Zeit nach der Geburt erfolgt, daß im gegebenem Falle von einem derartigen Einflusse der körperlichen Leiden der Gebärenden auf deren Gemüthsstimmung nicht mehr die Rede sein kann, wird also nicht als gleich nach der Geburt erfolgt betrachtet werden dürfen.

3) In Betreff der Willensbestimmung fordert das Gesetz nur, daß die Tödtung eine vorsätzliche war, ohne zu unterscheiden, ob sie mit Ueberlegung oder nicht mit Ueberlegung verübt wurde. Die angedrohte Strafe bezieht sich daher ebenso auf den Mord wie auf den Todtschlag des Kindes, und es wird darum bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sein, ob die Tödtung mit oder nicht mit Ueberlegung verübt wurde[1]).

4) Die tödtende Handlung kann ebensowohl in einer Begehung wie Unterlassung bestehen.

Die Strafe ist Zuchthaus nicht unter drei Jahren, sind mildernde Umstände vorhanden, Gefängniß nicht unter zwei Jahren. Damit ergiebt sich allerdings der Widerspruch, daß der in oder gleich nach der Geburt verübte Todtschlag des unehelichen Kindes bei mildernden Umständen durch härtere Strafe ausgezeichnet ist, als ein anderer unter mildernden Umständen verübter Todtschlag, der nach § 213 mit Gefängniß nicht unter sechs Monaten gestraft wird. Das Verhältniß des § 217 zu § 213 ist ein anderes, als das des § 216 zu § 213 darum, weil § 217 ausdrücklich feststellt, daß, abgesehen von den mildernden Umständen, welche die Milderung der Strafe des Mordes und Todtschlages auf wenigstens drei Jahre Zuchthaus rechtfertigen, andern mildernden Umständen ein weiterer Einfluß als Ermäßigung der Strafe auf wenigstens

---

geschlossen wird. Vgl. Holtzendorff a. a. O. S. 452. — Ganz eigenthümlich ist die Ansicht H. Meyer's S. 431, der den Grund der geringeren Strafbarkeit besonders darin sucht, daß der Gebärenden nicht in demselben Maße zugemuthet werden könne, das von ihr Geborne sofort als selbständiges Wesen zu betrachten, als jedem Andern.

1) Wird der strafmildernde Umstand auf den somatischen und psychischen Zustand der Gebärenden zurückgeführt, so hätte man eigentlich erwarten sollen, daß die Möglichkeit eines Kindesmordes ganz geleugnet werde, denn was könnte hier der Zustand der geminderten Zurechnungsfähigkeit Anderes sein, als ein solcher der die ruhige Ueberlegung ausschließt. Dem entspricht es, wenn Schwarze § 217 Nr. 2 fordert, daß die Tödtung zu der Zeit erfolgt sei, in welcher der durch die Geburt entstandene Affect noch fortdauerte. Ebenso Rudorff § 217 Nr. 4.

Digitized by Google

zwei Jahre Gefängniß nicht eingeräumt werden soll, darum hier die Anwendbarkeit von § 213 unbedingt ausgeschlossen ist[1]).

Das preußische Strafgesetzbuch hat in § 180 noch ausdrücklich hinzugefügt, daß, wenn die vorsätzliche Tödtung des Kindes von einer andern Person als der Mutter verübt wird, oder wenn eine andere Person am Verbrechen des Kindesmordes theilnimmt, gegen sie die Bestimmungen über Mord und Todtschlag, sowie über die Theilnahme an diesem Verbrechen zur Anwendung kommen, eine Bestimmung, die in Rücksicht auf § 50 des Strafgesetzbuches entbehrlich erschien[2]).

## 6. Abtreibung der Leibesfrucht.

### Literatur.

Spangenberg im N.-Arch. II S. 1 f. — Mittermaier im G.-Saal 1855 Bd. 1 S. 3 f. — Goltdammer in seinem Arch. V S. 3 f. — Pfizer im G.-Saal 1876 S. 36. — Wächter ebenda 1877 S. 1. — Horch Das Verbrechen der Abtreibung 1878. — Hälschner im G.-Saal 1880 S. 583 f. — Rotering in Goltd. Arch. XXX S. 179. — In gerichtl. medizinischer Beziehung: von Fabrice Lehre von der Kindesabtreibung und vom Kindesmord. — Casper Handbuch der gerichtlichen Medizin, 6. Aufl. von Liman II S. 848 f. — Liman in Holtzendorff's Handbuch III S. 475 f.

§ 20. Im Sinne des Privatrechtes ist der Mensch allerdings erst vom Augenblicke der vollendeten Geburt an Rechtssubject, und wenn das Kind im Mutterleibe kein eigenes von dem der Mutter verschiedenes Leben hat, erst durch die Geburt zu selbstständigem Leben gelangt, so ergiebt sich daraus jener Grundsatz als nothwendige Folge. Wie aber schon das Privatrecht nicht umhin konnte, das Kind im Mutterleibe insoweit als Person anzuerkennen, als es sich darum handelt ihm Rechte vorzubehalten, die es sofort mit seiner Geburt erwirbt, so auch das Strafrecht, insofern es ihm für sein Dasein und für ungehinderte Entwickelung zu selbstständigem Leben Schutz verleiht. Die Abtreibung der Leibesfrucht vernichtet also freilich nicht ein Menschenleben, aber Dasein und naturgemäße Ent-

1) John in Goltd. Arch. XXV S. 403. Rubo § 217 Nr. 6. Oppenhoff § 217 Nr. 17. Holtzendorff a. a. O. S. 455. H. Meyer S. 432. Olshausen § 217 Nr. 7. Dagegen Thomsen im G.-Saal 1878 S. 81 f. der die Anwendbarkeit von § 213 in unhaltbarer Weise zu rechtfertigen sucht; ebenso Berner S. 499.

2) Vgl. oben Bd. I S. 436 f.

Digitized by Google

wickelung einer werdenden Person, und es bedarf heute keiner Rechtfertigung dafür, daß ihr strafrechtlicher Schutz gewährt wird. Kam es hierbei insbesondere darauf an, dem noch nicht gebornen Kinde Schutz gegen die eigene Mutter zu gewähren, so konnte dies nur geschehen, indem das Strafgesetz das nichtgeborne Kind selbst als das Rechtssubject behandelt, an dem das Verbrechen der Abtreibung verübt wird.

Der Thatbestand des Verbrechens[1]) erfordert 1) als Object eine in der Entwickelung begriffene menschliche Leibesfrucht, und eine solche existirt vom Augenblicke der Conception an bis zur erfolgten Geburt. Das Gesetz hat also nicht nur selbstverständlich die grundlose Unterscheidung des **foetus animatus** und **non animatus** aufgegeben, sondern auch die Unterscheidungen unberücksichtigt gelassen, welche, wie die des Altersunterschiedes der Frucht, der lebensfähigen und nicht lebensfähigen Frucht, die spätere gemeinrechtliche Doctrin, zum Theil auch die Gesetzgebung, jenem Unterschiede der Carolina substituirte, um darauf eine Verschiedenheit der Strafe zu gründen[2]).

2) In Betreff der Handlung unterscheidet das Gesetz die Tödtung der Frucht im Mutterleibe, welche die Ausstoßung derselben aus den Geburtsorganen von selbst zur Folge hat, und die Abtreibung. Die Mittel der Tödtung wie Abtreibung sind entweder äußerlich angewandte, wie Stöße, Schläge, operative Einwirkungen auf die Frucht oder den Uterus, oder innere, dynamisch wirkende, dem Organismus der Mutter durch Mund und Magen zugeführte[3]). Für den Thatbestand ist die Verschiedenheit der Mittel, wofern nur der Causalnexus des angewandten Mittels und des Erfolges fest steht, indifferent.

Von entscheidender Bedeutung, aber streitig, ist die Frage, ob das Gesetz für den Fall der Abtreibung die durch sie bewirkte Tödtung der Frucht voraussetze oder nicht. Daß die Carolina im Unterschiede von der arbiträr zu strafenden Abtreibung des noch nicht lebenden foetus, die Abtreibung des lebenden foetus als Tödtung und den Thäter als Todtschläger betrachtete, kann nicht zweifelhaft

---

1) Strfgb. § 218—220.

2) Vgl. Hälschner System II S. 119.

3) Fabrice a. a. O. S. 217 f. 224. 238. Sehr viele der gewöhnlich als solche betrachteten Abortivmittel sind es nicht, oder sind doch solche deren Wirksamkeit noch sehr fraglich ist.



Digitized by Google

sein, und daran hat die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis festgehalten, wenn man auch dem Unterschiede des noch nicht und des bereits lebenden Kindes, den des nicht mehr und des noch lebenden substituirte[1]). Die früheren deutschen Strafgesetzbücher haben daran festgehalten, daß der Thatbestand der Abtreibung die Tödtung der Frucht mittelst der Abtreibung erfordere, und nur das hannöversche Strafgesetzbuch ist davon abgewichen, indem es anordnete, daß bei der Strafzumessung darauf Rücksicht zu nehmen sei, ob das in Folge der Abtreibung geborne Kind am Leben erhalten wurde[2]). Die Fassung des § 181 des preußischen Strafgesetzbuches, der das deutsche gefolgt ist, kann allerdings darum auffallend erscheinen, weil hier lediglich von Abtreibung die Rede ist, aber nicht auf die Tödtung der Frucht dadurch hingewiesen wird, daß nach dem Beispiele der übrigen Strafgesetzbücher die Frucht als eine unzeitige, unreife, lebensunfähige bezeichnet wird. Daß gleichwohl auch das preußische Strafgesetzbuch nicht beabsichtigte von der im gemeinen Rechte, in der neueren Gesetzgebung, insbesondere auch in der bisherigen preußischen, herrschenden Auffassung abzuweichen, ergiebt unwiderleglich die Entstehungsgeschichte des § 181[3]), und dem entspricht die Fassung desselben, wenn auch eine weniger zweideutige zu wünschen gewesen wäre. Hätte man in § 181 zwei ganz verschiedene Delicte zusammenfassen wollen, die Tödtung der Frucht und die Abtreibung einer lebenden und am Leben erhaltenen, dann würde sicher die Tödtung vorangestellt worden sein, während die Worte: „abtreibt oder im Mutterleibe tödtet", füglich nur dahin ausgelegt werden können, daß ein Tödten entweder durch Abtreiben oder im Mutterleibe gefordert wird[4]). Dem entsprechend wird auch

1) Eine abweichende Ansicht erst in der neueren Zeit bei Martin § 136. 137. Heffter § 264. 266. Berner S. 501. Dagegen Horch a. a. O. S. 20. Wächter im G.-Saal 1877 S. 2.

2) Wächter a. a. O. sucht zu zeigen, daß die deutsch. Strfgb. die Tödtung der Frucht nicht als zum Thatbestande der Abtreibung erforderlich erachten, und zu solcher Auffassung kann bei oberflächlicher Betrachtung die Fassung der betreffenden Bestimmungen allerdings Anlaß geben. Darüber, daß dies nicht der Fall ist vgl. Hälschner a. a. O. S. 585 f. Bei dem Sprachgebrauche der Strfgb. ist Rücksicht zu nehmen auf den in der gerichtlichen Medizin herrschenden Sprachgebrauch. Henke Gerichtl. Medizin § 87. 88. Siebold Lehrbch. der gerichtl. Medizin § 476. v. Fabrice a. a. O. S. 151 f.

3) Vgl. Goltd. Mat. II S. 387 und Hälschner a. a. O. S. 590.

4) So ist bis auf Wächter § 181 immer unangefochten verstanden worden. Beseler § 181. Temme Glossen z. Strfgb. S. 241. Goltd.

Digitized by Google

§ 218 des deutschen Strafgesetzbuches ausgelegt werden müssen, da die Motive und die Reichstagsverhandlungen keine Andeutung davon enthalten, daß man beabsichtigt habe von der bisher allgemein herrschenden Auffassung des Thatbestandes der Abtreibung abzuweichen. Der Thatbestand der Abtreibung fordert also Tödtung der Frucht im Mutterleibe oder durch Abtreibung, und Object des vollendeten Verbrechens kann darum nur die lebende Leibesfrucht sein[1]), wogegen Abtreibung der bereits abgestorbenen Frucht und des lebenden und am Leben erhaltenen Kindes nur als Versuch der Abtreibung gestraft werden könnte. Das gleiche gilt von der Abtreibung einer Mole[2]).

3) Rücksichtlich der Willensbestimmung wird erfordert, daß die Abtreibung oder Tödtung im Mutterleibe vorsätzlich verübt wurde. Der Thäter muß also das Vorhandensein einer Schwangerschaft gekannt oder auch vorausgesetzt und eine vorsätzliche Tödtung verübt haben, mit dem Bewußtsein, daß sie eine Abtreibung zu bewirken vermag und in der Absicht die Frucht im Mutterleibe oder durch Abtreibung zu tödten. Fahrlässige Tödtung und Abtreibung ist nicht strafbar, würde insbesondere nicht als fahrlässige

---

Arch. V S. 639. Oppenhoff z. preuß. Strfgb. 6. Aufl. § 181 Nr. 1. 2. 5. Daß die strafrechtliche Doctrin und Praxis bei Abtreibung stets übereinstimmend Tödtung voraussetzte, giebt Wächter selbst zu. Für die gedachte Auslegung beruft sich Horch a. a. O. S. 61 darauf, daß § 181, wenn er, nach Wächter's Ansicht, auf Abtreibung einer bereits abgestorbenen Frucht Anwendung fände, nicht einmal als ein das Leben gefährdendes Delict, zu den Verbrechen und Vergehen wider das Leben hätte gestellt werden können. Binding Normen II S. 515 beruft sich auf die Höhe der Strafe, die sich nur unter Voraussetzung der Tödtung rechtfertige. Die Fassung des § 181 betrachtet als entscheidend Sontag in kritisch. Vierteljahresschrift XIX S. 31. Vgl. Rotering a. a. O. S. 183. Olshausen § 218 Nr. 1.

1) Oppenhoff § 218 Nr. 3. Rüdorff § 218 Nr. 1. 3. Schwarze § 218 Nr. 1. Holtzendorff in seinem Hdbch. III S. 457. Berner S. 502. Schütze S. 390. Sontag, Binding, Horch a. a. O. Rubo § 218 Nr 2 fordert die Absicht zu tödten, nimmt aber dennoch Vollendung auch dann an, wenn das Kind am Leben blieb. Das Reichs-Gericht, Rsprch. I S. 396, Entsch. IV S. 380 stimmt mit der herrschenden Auffassung überein. Der Ansicht Wächter's, die vor ihm allein H Meyer S. 440 geltend gemacht hatte, hat sich angeschlossen v. Liszt S. 243.

2) Wer die Möglichkeit eines strafbaren Versuchs an dem s. g. untauglichen Objecte leugnet, wird natürlich, trotz der Absicht zu tödten, Abtreibung der abgestorbenen Frucht und der Mole als straflos betrachten. Olshausen § 218 Nr. 2 betrachtet auch die Mole als geeignetes Object der Abtreibung.

Digitized by Google

Tödtung eines Menschen gestraft werden können, eventuell aber als eine an der Mutter verübte Gesundheitsbeschädigung[1]).

4) Die vorsätzliche Abtreibung muß eine rechtswidrige sein. Sie ist trotz der dem Thäter bewußten Gefährdung des Lebens der Frucht nicht eine rechtswidrige, wenn die Absicht die Frucht zu tödten mangelt, und eine künstliche Frühgeburt nur in der Absicht das Leben der Mutter und womöglich auch das des Kindes zu erhalten, bewirkt wird. Aber auch die absichtliche Tödtung der Frucht wird nicht als rechtswidrig betrachtet werden dürfen, wenn sie zur Rettung des Lebens der Mutter in den Fällen verübt wurde, in denen das Kind auf natürlichem Wege nicht geboren werden kann[2]). Ohne Zweifel liegt dann ein Nothstand vor, in welchem es darauf ankommt das werthvollere, und auch vom Gesetze höher als das der noch ungebornen Frucht geschätzte Leben der Mutter durch Tödtung des Kindes zu retten. Bei der ungenügenden Behandlung, welche der Nothstand in § 54 erfahren hat, wird freilich der Arzt, der in solchem Falle die Perforation vornimmt, sich auf straflosses Handeln im Nothstande nicht berufen können, wenn nicht etwa die Mutter seine Angehörige war[3]). Man wird sich aber darauf berufen dürfen, daß das Gesetz die Frucht als strafrechtlich geschütztes Rechtssubject in dem Sinne behandelt, daß seine naturgemäße Entwickelung zu selbständigem Leben nicht gehindert werden soll, daß darum dieser Schutz aufhört, wenn die Erlangung selbständigen Lebens durch naturgemäß erfolgte Geburt unmöglich ist[4]).

---

1) Holtzendorff a. a. O. S. 460. Berner S. 502. Schwarze § 218 Nr. 10. Oppenhoff § 220 Nr. 4. Horch a. a. O. S. 44.

2) Ueber die Straflosigkeit solcher Handlung ist man einverstanden, nicht über deren rechtliche Begründung. Vgl. Wächter Lehrb. II S. 120. Mittermaier im N. Arch. VIII S. 598. Abegg Untersuchungen S. 116. Köstlin N. Revis. S. 602. Levita Nothwehr S. 3. Horch a. a. O. S. 38. Rotering a. a. O.

3) Schwarze § 54 Nr. 9 will die Beschränkung auf die Angehörigen des perforirenden Arztes darum nicht zulassen, weil der Arzt lediglich als Werkzeug der Mutter handle. Aber man wird doch die Mutter unmöglich als diejenige ansehen können, welche selbst das perforirte Kind tödtete und sich dabei des Arztes als Werkzeuges bediente. Gegen die Anwendbarkeit des § 54 Horch a. a. O. S. 40.

4) So Holtzendorff a. a. O. S. 461 und Rotering a. a. O. S. 185. H. Meyer S. 292. Schütze S. 379 und Horch a. a. O. berufen sich darauf, daß der Arzt seinem Berufe gemäß so zu handeln berechtigt und verpflichtet sei.

Digitized by Google

§ 21. In Betreff des Subjectes der Abtreibung unterscheidet das Gesetz, ob das Verbrechen von der Schwangeren selbst oder von einer anderen Person unter Zustimmung und Mitwirkung der Schwangeren, oder von einer anderen Person ohne Wissen und Wollen der Schwangeren verübt wurde.

Wird das Verbrechen von der Schwangeren selbst verübt, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren, und wenn mildernde Umstände vorhanden sind, Gefängniß nicht unter sechs Monaten [1]).

Dieselbe Strafe trifft den, welcher mit ihrer Einwilligung die Mittel zu der Abtreibung oder Tödtung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat [2]). In Betreff dieser Strafbestimmung ergiebt sich zunächst die Frage, ob hier das Gesetz die Schwangere als Thäterin betrachtet und die andere Person als Theilnehmer an deren Verbrechen, oder ob es sich um ein von der andern Person als Thäter verübtes selbstständiges Verbrechen handelt. Es konnte diese Frage in Rücksicht auf die entsprechende Bestimmung des preußischen Strafgesetzbuches darum zweifelhaft erscheinen, weil dieses die Worte: „angewendet oder verabreicht hat" gebraucht hatte, und weil es darum nahe lag anzunehmen, daß, wenn die andere Person zwar als Thäter angesehen werden dürfe, falls sie die Mittel anwendete, so doch nur als Gehilfe der Schwangeren, falls sie die Abortivmittel nur verabreichte. Indem aber das deutsche Strafgesetzbuch das „verabreicht" in „beigebracht" umgewandelt hat, giebt es unzweideutig zu erkennen, daß es die andere Person als Thäter betrachtet [3]), wogegen jetzt das wissentliche Verabreichen von Abortivmitteln nur als Beihilfe zum Verbrechen der Schwangeren gestraft werden könnte. Handelt es sich also um ein selbständiges Verbrechen der anderen Person, so folgt daraus insbesondere auch, daß, wenn zwar die Einwilligung der Schwangeren vorausgesetzt

---

1) Strfgb. § 218 Abs. 1 u. 2.

2) § 218 Abs. 3.

3) Schon die preuß. Praxis hatte sich mit Recht dahin entschieden ein selbständiges Delict der andern Person selbst im Falle des Verabreichens anzunehmen. Goltd. Arch. V S. 201 f. In Betreff des § 218 Abs. 3 des deutsch. Strfgb. herrscht in Doctrin und Praxis volle Uebreinstimmung. Vgl. die Commentare von Schwarze, Oppenhoff, Rüdorff, Olshausen zu § 218. Horch a. a. O. S. 48. Holtzendorff a. a. O. S. 462. H. Meyer S. 441. Schütze S. 391. v. Liszt a. a. O. S. 344. Urtheile des preuß. O.-Trib. in Goltd. Arch. XXVI S. 517. 518 und des R.-Gerichts Rsprch. I S. 568. Ueber neuerdings entstandne Zweifel unten.

Digitized by Google

wird, so doch nicht nothwendig deren Mitschuld, denn es wird diese Strafbestimmung auch dann Anwendung finden müssen, wenn die einwilligende Schwangere sich etwa als unzurechnungsfähig erweisen sollte[1]). Davon abgesehen wird aber die Einwilligung der Schwangeren gewiß nicht bloß als eine straflose Billigung des von der andern Person verübten Verbrechens betrachtet werden dürfen. Werden zum Zwecke der Abtreibung äußere Mittel angewendet, so verhält sie sich keineswegs bloß passiv und duldend, sondern unvermeidlich auch handelnd, indem sie sich der Verübung des Verbrechens darbietet und ihr zweckentsprechend benimmt. In der Regel wird sie in solchem Falle als Gehilfin des Thäters erscheinen, denn ihre Absicht wird regelmäßig nicht dahin gehen, das was der gesetzliche Thatbestand des Verbrechens wesentlich erfordert, die tödtende Thätigkeit, selbst zu verüben, sondern nur dahin, diese dem Thäter anheim gegebene Thätigkeit zu unterstützen, und dem wird auch die Art ihrer Thätigkeit selbst entsprechen[2]). Ausnahmsweise wird es allerdings vorkommen können, daß die Schwangere als Mitthäterin erscheint, so in dem Falle, daß die Abtreibung durch längere Zeit fortgesetzte mechanische Einwirkung verübt wird, und daß die Schwangere, nachdem zuvor der Andere diese Einwirkung vorgenommen hatte, sie nach erhaltener Anweisung selbstthätig fortsetzt.

Das Gesetz gedenkt aber ferner auch des Beibringens von Mitteln, indem es von den angewandten äußeren, die beigebrachten inneren Mittel unterscheidet. Insofern diese inneren Mittel solche sind, die durch den Mund dem Magen zugeführt werden, ist es zwar denkbar, daß sie der Schwangeren wider ihr Wissen und Wollen von einem Anderen beigebracht werden, nicht aber, wenn wie hier die Einwilligung der Schwangeren vorausgesetzt wird, da diese immer nur das ihr verabreichte Mittel durch Verschlucken sich selbst beibringen wird, das Verabreichen aber niemals als Beibringen

---

1) Urtheil d. preuß. O.-Trib. in Goltd. Arch. I S. 242 und im Just.-Minist.-Blt. 1857 S. 170. Abhdlg. in Goltd. Arch. V S. 201. Oppenhoff z. preuß. Strfgb. 6. Aufl. § 181 Nr. 7.

2) Oppenhoff § 218 Nr. 12. v. Liszt S. 244. Olshausen § 218 Nr. 8 Rsprch. I S. 569, wogegen Rüdorff § 218 Nr. 2. Horch a. a. O. S. 51. Schwarze § 218 Nr. 15 Rsprch. I S 394 in allen Fällen Mitthäterschaft in verschiedener Art der Motivirung annehmen. Es muß hier auf den oben Bd. I S. 374 f. 418 f. erörterten Unterschied der Beihilfe und Mitthäterschaft verwiesen werden. Die für Mitthäterschaft angeführten Gründe habe ich näher erörtert im G.-Saal 1880 S. 605 f.

Digitized by Google

betrachtet werden darf. Da zur Zeit innere, dynamisch wirkende Abortivmittel, die in anderer Weise als durch Verschlucken beigebracht werden könnten, nicht bekannt sind, so wird der Fall, daß ein Anderer der Einwilligenden die Mittel beibringt, nicht vorkommen, und darum ist das im Gesetz erwähnte Beibringen ohne praktischen Werth[1]).

Abweichend vom preußischen Strafgesetzbuche hat das deutsche[2]) demjenigen eine erhöhte Strafe, Zuchthaus bis zu zehn Jahren, gedroht, welcher der Schwangeren gegen Entgelt die Mittel zur Abtreibung verschafft, bei ihr angewandt oder ihr beigebracht hat, woraus sich von selbst ergiebt, daß die Strafe des § 218 nur auf den Anwendung findet der die Mittel unentgeltlich angewendet oder beigebracht hat. Beide Strafbestimmungen kommen darin überein, daß die Einwilligung der Schwangeren in die von der andern Person verübte Thätigkeit vorausgesetzt wird, und unterscheiden sich dadurch, daß eine erhöhte Strafe von dem erschwerendem Umstande einer gegen Entgelt geübten Thätigkeit abhängig gemacht ist. Es darf aber nicht gefolgert werden, daß, abgesehen von dem erschwerenden Umstande, das Gesetz in beiden Fällen den gleichen Thatbestand voraussetze. In § 218 wird vorausgesetzt, daß der Thäter das Verbrechen mit Einwilligung der Schwangeren verübte, in § 219 aber daß Jemand der Schwangeren, die selbst die Frucht abgetrieben oder getödtet hat, die Mittel hierzu verschafft, bei ihr angewendet oder ihr beigebracht habe, und es ist ebenso unzulässig § 218 dahin auszulegen, daß nicht bloß Einwilligung der Schwangeren, sondern immer auch deren Thäterschaft vorausgesetzt werde[3]), wie § 219

---

1) Hälschner a. a. O. S. 604. v. Fabrice a. a. O. S. 217 f. Mit Recht gehen Oppenhoff § 218 Nr. 8 und Rubo § 218 Nr. 9 davon aus, daß das Beibringen ein nur duldendes Verhalten der Schwangeren voraussetzt, das Verabreichen von Mitteln die sie zu sich nimmt also kein Beibringen sei, und wollen ein Einimpfen, Einspritzen als Beibringen betrachten, was richtig wäre, wenn es derartige Mittel gäbe. Vgl. Rsprch. I S. 450. Wenn Olshausen § 218 Nr. 8 dagegen einwendet, daß Jemand durch Zuhalten der Nase zum unwillkürlichen Verschlucken genöthigt werden könne, so ist nicht einzusehen was der Anlaß sein könnte die Einwilligende zu nöthigen.

2) § 219.

3) So im Widerspruche zu seiner früheren Auslegung des § 181 des preuß. Strfgb., das preuß. Ob.-Trib. Goltd. Arch. XXVI S. 517, wonach also derjenige der unentgeltlich mit Einwilligung der Schwangeren das Verbrechen verübt straflos bleiben müßte, wenn die Schwangere nicht Mitthäterin, sondern nur Gehilfin war, oder straflos erscheint.

Digitized by Google

dahin auszulegen, daß immer nur Einwilligung der Schwangeren, nicht Thäterschaft, nicht einmal Mitschuld erfordert werde[1]). Die offenbar incorrecte Fassung des § 219 findet ihre Erkärung darin, daß die schwerere Strafe des § 219 nicht nur auf den Thäter, sondern auch auf den Gehilfen Anwendung finden soll, welcher der Schwangeren die Mittel gegen Entgelt verschafft hat[2]). Es soll also in solchem Falle die Beihilfe zum Verbrechen der Schwangeren nicht nach § 218 und § 49, sondern als eine Thätigkeit gestraft werden, die den Thatbestand des eigenthümlichen, in § 219 bezeichneten Verbrechens ergiebt, wogegen eine anders geartete helfende Thätigkeit, auch wenn sie gegen Entgelt verübt wurde, nur als Beihilfe zum Verbrechen der Schwangeren nach § 218 gestraft werden könnte.

Weil also, abweichend von § 218, nach § 219 auch eine helfende Thätigkeit gestraft werden soll, und weil die Vollendung des Verbrechens erfordert, daß die verschafften Mittel den beabsichtigten Erfolg gehabt haben, konnte es in § 219 nicht genügen nur der Einwilligung der Schwangeren zu gedenken, sondern mußte diese als Thäterin bezeichnet werden. Incorrect ist darum die Fassung des § 219 weil die Thäterschaft der Schwangeren zwar die nothwendige Voraussetzung ist, wenn die andere Person nur durch entgeltliches Verschaffen der Mittel helfend thätig war, nicht aber dann, wenn diese selbst das Verbrechen als Thäter verübte. In solchem Falle kann zwar die Schwangere möglicherweise als Mitthäterin erscheinen, aber es wird der Thäter nach § 219 auch dann zu strafen sein, wenn die Schwangere nur als Gehilfin strafbar oder ganz straflos sein sollte. Ist also der gegen Entgelt Handelnde selbst Thäter, so genügt die Einwilligung der Schwangeren[3]).

Als Thäter bezeichnet § 219 wie 218 die andere Person dann, wenn sie bei der Schwangeren die Mittel angewendet oder ihr beigebracht hat, und das Beibringen ist hier wie dort ohne praktischen Werth.

---

1) So das Reichs-Gericht, Rsprch. I S 568, das die Worte des § 219 „einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getödtet hat" als „nicht genau abgemessen" bezeichnet, nnd sie dahin deutet, daß man habe sagen wollen, es müsse der Erfolg erreicht sein, wenn das Verbrechen als vollendet erscheinen solle.

2) Motive z. II Entwf. § 213—215.

3) Vgl Hälschner a. a. O. S. 598 f. Oppenhoff § 219 Nr. 1. 2. Olshausen § 219 Nr. 2. Rsprch. I S. 568.

Digitized by Google

Streitig ist in Betreff des § 219 noch die Frage wie der Versuch des hier bezeichneten Verbrechens zu strafen sei. Wenn die Fassung des § 219 ohne Zweifel zu erkennen giebt, daß der Eintritt des beabsichtigten Erfolges zur Vollendung des Verbrechens erfordert wird, so enthält sie doch nichts, woraus geschlossen werden dürfte, daß, wenn der Erfolg nicht eintrat, die Strafbestimmung des § 219 unanwendbar sei, und eine Bestrafung der Versuchshandlung nur zulässig sei, sofern sich dieselbe als eine Art der Theilnahme an dem in § 218 bezeichneten Verbrechen der Schwangeren auffassen läßt[1]), und am wenigsten darf dies aus der unklaren Ausdrucksweise der Motive gefolgert werden[2]). In Betreff der Bestrafung des Versuches wird aber ebenso wie in Betreff der Vollendung unterschieden werden müssen, ob der Thäter die Mittel der Abtreibung verschafft oder angewendet hat. Im ersteren Falle ist das Verbrechen vollendet, wenn die verschafften Mittel die Abtreibung zur Folge hatten, versucht, wenn die Schwangere die ihr verschafften Mittel erfolglos anwendete. Der die Mittel gegen Entgelt Verschaffende ist dann der Beihilfe zum Versuche des Verbrechens, die selbst versuchte Beihilfe ist, schuldig, und während die

1) Dies ist allerdings die herrschende Auffassung. Weil § 218 Abs. 3 und § 219 erfordern, daß die Abtreibung stattgefunden habe, auch die Motive dies hervorheben, betrachtet das Reichs-Gericht diese Strafbestimmungen überhaupt für unanwendbar, wenn der Erfolg nicht eintrat. Rsprch. I S. 568. III S. 432. Aus gleichem Grunde betrachtete das preuß. Ob.-Trib. nach § 219 den Versuch nicht für strafbar, wollte aber den Versuch des entgeltlich handelnden als Versuch des in § 218 Abs. 3 bezeichneten Verbrechens strafen. Goltd. Arch. XXVI S. 518, so auch Oppenhoff § 219 Nr. 3. Schwarze § 219 Nr. 6. Rüdorff § 219 Nr. 4. F. Meyer § 219 Nr. 2. Anders Rubo § 219 Nr. 4 der die Möglichkeit eines Versuches für ausgeschlossen erachtet, wo wie hier die Vollendung nicht nur eine Handlung des Thäters, sondern auch die einer andern Person fordere, Pfizer in G.-Saal 1876 S. 39, weil § 219 Causalzusammenhang zwischen den Mitteln und dem Abtreiben fordere, der bei dem Versuche fehle. Als ob bei dem Versuche der Causalzusammenhang zwischen Thätigkeit und beabsichtigtem Erfolge nicht immer fehlte. Vgl. dagegen Hälschner a. a. O. S. 600 f. Olshausen § 219 Nr. 3.

2) Die Motive zu dem jetzigen § 219 sagen: „Voraussetzung der Be„strafung ist auch in diesem Falle, daß die Abtreibung oder Tödtung erfolgt ist", Worte die man freilich dahin deuten kann, daß der Versuch nicht gestraft werden soll, aber auch dahin, daß die Strafe des § 219 sich nur auf das vollendete Verbrechen beziehe, während den Versuch die nach § 49 ermäßigte Strafe trifft.

Digitized by Google

Schwangere nach § 218 in Verbindung mit § 49 zu strafen ist, so ist wegen des erschwerenden Umstandes des entgeltlichen Verschaffens der Mittel, für die andere Person die Versuchsstrafe nach § 219 und 49 zu ermessen. Dagegen wird freilich der Versuch die Mittel gegen Entgelt zu verschaffen nicht gestraft werden können, weil dann von einem Anfange der Ausführung nicht die Rede sein könnte. Hat dagegen der Andere selbst die Mittel erfolglos angewendet, so ist kein Grund einzusehen warum ihn nicht die Strafe des Versuches des in § 218 Absatz 3, und, wenn er gegen Entgelt handelte, des in § 219 bezeichneten Verbrechens treffen sollte, und zwar ohne Rücksicht darauf ob die einwilligende Schwangere als Mitthäterin, oder nur als Gehilfin strafbar, oder vielleicht straflos ist. Auf die Schwangere findet die Strafe des § 219 niemals Anwendung.

§ 22. Mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren wird bestraft, wer die Leibesfrucht einer Schwangeren ohne deren Wissen und Wollen vorsätzlich abtreibt oder tödtet[1]). Entscheidend für die höhere Bestrafung ist hier also die mangelnde Einwilligung der Schwangeren. Werden die Abortivmittel der Schwangeren ohne ihr Wissen beigebracht oder bei ihr angewendet, so selbstverständlich auch ohne ihr Wollen. Aber nur auf das Nichtwollen der Schwangeren kommt es an, und daß sie sich des erzwungenen Beibringens oder Anwendens der Mittel bewußt war, schließt die Strafe des § 220 nicht aus[2]).

Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslänglich, tritt ein, wenn durch die Handlung der Tod der Schwangeren verursacht worden ist. Vorausgesetzt ist selbstverständlich, daß die Absicht des Thäters nur auf Tödtung der Frucht im Mutterleibe oder durch Abtreibung gerichtet war, daß also die Tödtung der Schwangeren nicht als beabsichtigt, sondern als fahrlässig verursacht

---

1) Strfgb. § 220.

2) Oppenhoff § 220 Nr. 1. Schütze S. 391. Olshausen § 220 Nr. 2. Es wäre, um in § 220 den Unterschied von § 218 und 219 hervorzuheben, besser gewesen zu sagen „ohne deren Einwilligung", aber die abweichende Ansicht Rüdorff's § 220 Nr. 1 und Schwarze § 220 Nr. 1, nach der das bloße Wissen der Schwangeren genügen soll um die Strafe des § 220 auszuschließen, ist auch nach der Fassung des Gesetzes nicht zu rechtfertigen, welches nicht fordert, daß die That ohne Wissen und Wollen der Schwangeren, sondern ohne ihr Wissen oder Wollen verübt sei. Selbst die vom Thäter präsumirte Einwilligung der Schwangeren wird die Strafe des § 220 nicht ausschließen. Binding Normen II S. 517.

Digitized by Google

zuzurechnen ist[1]). Die Schwere der Strafe rechtfertigt sich dadurch, daß, wenn hier zwar wie in jedem Falle mit dem Angriffe auf das Leben der Frucht eine Gesundheit und Leben der Schwangeren gefährdende That concurrirt, diese letztere doch strafrechtlich eine wesentlich andere und höhere Bedeutung gewinnt, wenn sie ohne oder wider den Willen der Schwangeren verübt wird[2]). Fordert das Gesetz, daß der Tod der Schwangeren durch die Handlung verursacht sei, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß diese Strafbestimmung nur dann Anwendung finde, wenn das Verbrechen der Abtreibung vollendet erscheint, und der Tod der Schwangeren durch das vollendete Verbrechen verursacht wurde, denn das Gesetz gebraucht das Wort Handlung oft genug um die strafbare Thätigkeit ohne Rücksicht auf oder abgesehen vom Erfolge zu bezeichnen. Nur darauf kommt es an, daß der Tod der Schwangeren durch die vorsätzliche zum Zwecke der Abtreibung verübte Thätigkeit verursacht wurde, und die Strafe des § 220 findet darum, wenn dies der Fall war, auch dann Anwendung, wenn die Abtreibung nur als versucht erscheinen sollte, weil die abgetriebene Frucht am Leben erhalten blieb, oder weil die Schwangere durch die Abortivmittel getödtet wurde, bevor diese eine Wirkung auf die Frucht ausübten, selbst dann, wenn der Thäter selbst seine vorgesetzte Thätigkeit noch nicht als beendet ansah[3]). Daß die Abtreibung nur versucht war, wird namentlich dann wenn das Kind am Leben blieb bei der Strafzumessung in Betracht zu ziehen sein.

---

1) Ueber die in der Praxis herrschende Ansicht, daß hier, wie in anderen ähnlichen Strafsatzungen, die höhere Strafe nur durch den Erfolg, nicht dadurch, daß er zur Fahrlässigkeit zuzurechnen sei, bedingt werde vgl. oben Bd. I S. 327.

2) Motive z. II Entwf. § 215.

3) Weil der Tod „durch die Handlung" also nicht durch eine zum Zwecke der Abtreibung vorgenommene Handlung, sondern durch die vollendete That verursacht sein müsse, erklären Pfizer in G.-Saal 1876 S. 45 und Oppenhoff § 220 Nr. 5 die Strafe des § 220 Abs. 2 für unanwendbar, wenn das Kind am Leben blieb, und wollen dann den Versuch nach § 220 Abs. 1 in Concurrenz mit fahrlässiger Tödtung der Mutter strafen. Warum hier das Wort Handlung so gedeutet werden müßte ist bei dem sonstigen Sprachgebrauche des Strfgb., vgl. z. B. § 67, nicht einzusehen. Dagegen Horch a. a. O. S. 54. Schwarze § 220 Nr. 2. Olshausen § 220 Nr. 4.

Digitized by Google

## 7. Aussetzung hilfloser Personen.

### Literatur.

Ueber die dogmengeschichtliche Entwickelung Wächter Lehrbch. II S. 193 f. Hälschner System II S. 123 f. — Neuere Literatur: Spangenberg im N. Arch. III S. 1 f. 359 f. — Bopp ebenda XIII S. 442. — Burchardi im Arch. 1847 S. 409. — Brackenhöft ebenda S. 256. — Platz Das Verbrechen der Aussetzung 1876. — Goltdammer Materialien II S. 391. — Schwarze im G.-Saal 1872 S. 52. — v. Buri ebenda 1875 S. 517.

§ 23. In Verbindung mit dem Verbrechen und Vergehen wider das Leben behandelt das Strafgesetzbuch[1]) das Aussetzen und Verlassen hilfloser Personen als ein das Leben gefährdendes Delict[2]). Es ist damit, dem preußischen Strafgesetzbuch folgend, von der im älteren gemeinen Rechte herrschenden Auffassung, der zum Theil auch die neuere Gesetzgebung folgte, abgewichen. Als entscheidend für den Thatbestand betrachtete, im Anschluße an die Carolina, die gemeinrechtliche Theorie die Absicht des Thäters sich der ihm obliegenden Pflicht der Fürsorge für die hilfsbedürftige Person zu entziehen, was folgerecht dahin führte, daß man als mögliches Subject des Verbrechens nicht, wie die Carolina, nur die Mutter, sondern jede Person ansah, der die Pflicht der Fürsorge oblag, als mögliches Object nicht nur das Kind, sondern auch jede andere durch Krankheit, Blödsinn, Taubstummheit u. s. w. hilflose Person[3]). Die weitere Folge war es, daß man irgend welche Gefährdung von Leben und Gesundheit nicht als zum Thatbestande des Delictes erforderlich erachtete[4]). Das deutsche Strafgesetzbuch betrachtet dagegen nicht die Absicht des Thäters sich einer besonderen,

---

1) § 221.

2) v. Buri a. a. O. S. 533 tadelt diese Stellung der Aussetzung im Strfgb., verkennt aber doch ihre eigenthümliche Bedeutung, wenn er fordert, daß die Aussetzung zu den Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit gestellt werde.

3) Vgl. Tittmann § 202. 203. Wächter § 177. Abegg § 330. Heffter § 270.

4) Dieser gemeinrechtlichen Auffassung hatten sich die Strfgb. von Würtemberg, Hessen, Braunschweig, Hannover, Sachsen, Thüringen, Bayern 1861 angeschlossen. Sie bestimmen daher meist eine mildere Strafe, wenn keine Gefahr vorhanden war, eine härtere Strafe wenn die Eltern, eine mildere wenn andere Personen, denen die Pflege anvertraut war, das Delict verübten.

Digitized by Google

ihm obliegende Pflicht zu entziehen als entscheidend, sondern sein vorsätzliches Leben und Gesundheit gefährdendes Verhalten[1]).

Der Thatbestand des Delictes erfordert

1) als Object eine wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit hilflose Person. Als eine solche ist eine Person zu betrachten die vermöge ihres körperlichen Zustandes der Gefahr für Leben und Gesundheit ausgesetzt ist, wofern ihr nicht Seitens anderer Personen Obhut und Pflege gewährt wird. Ob dieser Zustand ein dauernder oder vorübergehender wie z. B. der sinnloser Betrunkenheit, ein verschuldeter oder unverschuldeter ist, ist gleichgiltig[2]).

2) Die Handlung besteht entweder in einem Aussetzen oder Verlassen[3]). Das Aussetzen erfordert das Fortschaffen einer hilflosen Person von dem Orte, an welchem ihr bisher Pflege zu Theil wurde, und das Hinbringen an einen andern Ort, an welchem sie sich im Zustande der Verlassenheit und Hilflosigkeit befindet. Als ein Verlassen erscheint zunächst das Weggehen des Thäters von dem Orte, an welchem sich die hilflose Person unter seiner Obhut befindet und die dadurch verursachte hilflose Lage derselben. Weil aber das deutsche Strafgesetzbuch, abweichend vom preußischen, das Verlassen in gewissen Fällen als Omissivdelict behandelt, so wird in solchen Fällen nicht nothwendig eine örtliche Entfernung erfordert, sondern es wird das Verlassen auch in einem pflichtwidrigen Belassen in hilfloser Lage bestehen können.

3) In Betreff des Subjectes sind verschiedene Fälle zu unterscheiden. Das Aussetzen kann von einem Jeden verübt werden, sei es, daß er die in seiner Obhut befindliche hilflose Person fortbringt

---

1) Vgl. oben Bd. I S. 238. Ueber die Verhandlungen die bei der Redaction des preuß. Strfgb. zu dieser Auffassung führten, Goltd. Mat. II S. 392.

2) Sinnlose Betrunkenheit wird gewiß als eine durch Krankheit verursachte Hilfslosigkeit anzusehen sein, Oppenhoff § 221 Nr. 2. Schwarze § 221 Nr. 10 und im G.-Saal 1872 S. 56. Entsch. V S. 332, wogegen Holtzendorff a. a. O. S. 465 es bezweifelt. Vgl. Pezold § 221 Nr. 3—5.

3) Holtzendorff a. a. O. S. 466. Schwarze § 221 Nr. 4. 5. 7. 8. Oppenhoff § 221 Nr. 3—6. Olshausen § 221 Nr. 4. 5. Berner S. 504. Daß schon Vernachlässigung in der Pflege einer hilfsbedürftigen Person als ein Verlassen zu betrachten sei, wie die sächs. Praxis angenommen hat, Zimmerle § 221 Nr. 2. 3, muß bestritten werden. Vgl. Rsprch. V S. 429. Wer die hilfsbedürftige Person einsperrt und außer der erforderlichen Nahrung jede sonstige Pflege versagt, wird wegen Gesundheitsbeschädigung, Freiheitsentziehung, aber nicht wegen Verlassens zu strafen sein.

Digitized by Google

und verläßt, sei es, daß er sich ihrer erst bemächtigte um sie auszusetzen[1]). Hierbei wird erfordert nicht nur, daß das Fortbringen vorsätzlich geschehe, sondern weiter auch, daß es in der Absicht stattfinde die betreffende Person in hilflose Lage zu versetzen, womit unvermeidlich auch das Bewußtsein verbunden ist, daß diese Lage eine Gesundheit und Leben gefährdende sei[2]). Insoweit handelt es sich um ein dolоses Commissivdelict, bei welchem ein Unterlassen nur insoweit in Betracht kommt, als der Thäter es unterläßt die ausgesetzte Person vor möglichen Gefahren zu bewahren[3]). Dieses Unterlassen gehört zum Thatbestande des Delictes, und trotz des Fortbringens und Weglegens der hilflosen Person kann von Aussetzung nicht die Rede sein, wenn es an diesem Unterlassen mangelt. Daß der Thäter in der Absicht handelte sich der ihm obliegenden Pflicht der Obhut zu entziehen, begründet seine Strafbarkeit nach § 221 nicht, wenn er sich seines Pfleglings in einer Weise entäußerte durch die eine hilflose und gefährdende Lage nicht herbeigeführt wurde, so also namentlich dann, wenn der Thäter die

---

1) Eine hilflose Person aussetzen kann nur wer thatsächlich in der Lage ist über sie zu verfügen. In solcher Lage ist derjenige, welcher aus irgend welchem Grunde verpflichtet ist der hilflosen Person Obhut und Pflege zu gewähren und bisher gewährte, ebenso der, welcher ohne irgend welche Pflicht sie unter seine Obhut nahm, endlich der, welcher in der Absicht sie auszusetzen sich ihrer rechtswidrig bemächtigte. Solche Bemächtigung wird immer nur mittelst Gewalt oder List verübt werden können, denn mit List wird sie auch dann verübt, wenn der Thäter sich des willenlosen Kindes in einem Augenblicke bemächtigte, in welchem es schutzlos war. Das Gesetz unterscheidet nicht in welcher Weise der Thäter in die Lage kam über die ausgesetzte Person zu verfügen. In Rücksicht auf das in § 234 erwähnte Aussetzen wird behauptet, daß nicht § 221, sondern 234 anwendbar sei, wenn der Thäter sich der ausgesetzten Person mit Gewalt oder List bemächtigte. Holtzendorff in seinem Hdbch. III S. 466. Schwarze § 234 Nr. 2 und im G.-Saal 1872 S 55. Oppenhoff § 234 Nr. 7. Dem steht, abgesehen von der Unzulässigkeit solcher Auslegung des § 234, wovon später, entgegen auch die Fassung des § 221. Findet § 221 keine Anwendung auf den, der sich der ausgesetzten Person zu diesem Zwecke rechtswidrig bemächtigte, so kann sich auch des Aussetzens nicht jeder, sondern nur der schuldig machen, unter dessen Obhut die ausgesetzte Person stand, während nach § 221 diese Obhut ausdrücklich zwar als Voraussetzung des Verlassens, aber nicht des Aussetzens bezeichnet ist.

2) Schwarze § 221 Nr. 1. Oppenhoff § 221 Nr. 8. Goltd. Arch. V S. 421. Holtzendorff a. a. O. S. 467. Binding Normen II S. 522. Olshausen § 221 Nr. 8.

3) Vgl. oben Bd. I § 107.

Digitized by Google

ausgesetzte Person aus einem Verstecke bewacht und bewahrt und sie erst dann verläßt, wenn er gesehen hat, daß andere Menschen sie in ihre Obhut nehmen[1]).

Des Verlassens im eigentlichen und engeren Sinne des Wortes kann sich nur der schuldig machen, der die Obhut über die verlassene Person bisher thatsächlich ausübte, gleichviel aus welchem Grunde, ob er dazu irgend wie verpflichtet war oder nicht[2]). In der Absicht sich der bisher geübten Obhut und Pflege zu entziehen und in dem Bewußtsein die hilflose Person damit in eine sie gefährdende Lage zu versetzen, verläßt er sie und unterläßt es ihr ferner Obhut zu gewähren. In solchem Falle handelt es sich um ein mittelst Unterlassens verübtes Commissivdelict. Der Thäter hatte bisher in pflichtmäßiger oder mindestens erlaubter Weise Obhut gewährt; er beschließt dies fortan zu unterlassen, eine negative Handlung durch welche das möglichen Gefahren entgegenstehende Hinderniß beseitigt wird, und hat dann den Erfolg hiervon, die gefährliche hilflose Lage oder auch die Beschädigung der Gesundheit, den Tod, zu verantworten, weil unter solcher Voraussetzung dieser Erfolg nicht bloß Folge des Unterlassens ist, sondern auch in ursächlichem Verhältnisse zu dem steht was der Thäter vor dem Unterlassen gethan hatte, während, wenn jene Voraussetzung mangelt, trotz des Unterlassens einer möglichen Hilfsleistung das Ver-

---

1) Oppenhoff § 221 Nr. 6. Schwarze im G.-Saal 1872 S. 54. 66. Zimmerle § 221 Nr. 4. H. Meyer S. 444. Holtzendorff a. a. O. S. 466.

2) Es wird in der Regel behauptet, daß das Verlassen in allen Fällen die Pflicht zur Obhut voraussetze und nur der Verpflichtete sich des Verlassens schuldig machen könne. So Holtzendorff der den Unterschied dieses und des weiterhin zu erörternden Falles ganz verkennt. Ebenso Schwarze § 221 Nr. 4. Berner S. 504. Schütze S. 393. Pezold § 221 Nr. 10. Olshausen § 221 Nr. 6. Allerdings wird eine solche Pflicht zum Theil als bereits durch die Thatsache der übernommenen Obhut für begründet erachtet, so Berner, Schwarze, Schütze. Damit ist die Bedeutung des durch Unterlassen verübten Commissiv-Delicts verkannt, auch das Gesetz falsch ausgelegt, das die Thatsache der Obhut und die Pflicht sie zu übernehmen und zu behalten scharf unterscheidet. Richtig H. Meyer S. 444. Oppenhoff § 221 Nr. 5. v. Liszt S. 241. Rüdorff § 221 Nr. 3a. Schwarze im G.-Saal 1872 S. 60 will im Widerspruch zum Gesetze ein strafbares Verlassen selbst dann nicht annehmen, wenn der Thäter den Hilflosen erst durch seine Handlung in hilflose Lage gebracht hat und ihn dann verläßt, wofern ihm eine besondere Pflicht der Fürsorge nicht oblag.

Digitized by Google

lassensein der hilflosen Person vom Thäter nicht verursacht ist[1]). Wer die hilflose Person durch sein positives Thun in eine Lage versetzt in der sie gegen Gefahr nur geschützt ist, sofern er ihr Pflege und Obhut angedeihen läßt, macht sich, wenn er ihr diese Obhut entzieht, des Verlassens im Sinne des § 221 schuldig. Wer dagegen die hilflose Person in hilfloser Lage, die er nicht geschaffen hat, etwa den sinnlos Betrunkenen auf der Straße, findet, bei ihr stehen bleibt um sie zu bewachen bis anderweitige Hilfe kommen wird, dann aber wieder beschließt sie ihrem Schicksal zu überlassen und fortgeht, ist, weil er die gefährliche, hilflose Lage in keiner Weise verursacht hat, des Verlassens im Sinne des § 221 nicht schuldig.

Das Gesetz erklärt endlich aber auch denjenigen des Verlassens schuldig, der eine hilflose Person, für deren Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme er zu sorgen hat in hilfloser Lage verläßt. In diesem Sinne kann sich des Verlassens also nur derjenige schuldig machen, dem die Pflicht der Fürsorge für die hilflose Person obliegt und der sich dieser Pflicht entzieht. Verläßt der in solcher Weise verpflichtete Thäter die bisher unter seiner Obhut stehende hilflose Person, so steht dieser Fall dem vorher erörterten völlig gleich. Es handelt sich um ein mittelst Unterlassens verübtes Commissivdelict bei dem die besondere Pflicht des Thäters für den Thatbestand indifferent ist, und höchstens bei der Strafzumessung in Betracht kommt. Eigenthümlich ist aber diese gesetzliche Bestimmung dadurch, daß sie den Verpflichteten des Verlassens auch dann schuldig erklärt, wenn er eine von ihm nicht verursachte hilflose Lage der hilflosen Person vorfindet und sich der Pflicht Obhut und Fürsorge auf sich zu nehmen entzieht. Insoweit handelt es sich um ein reines Omissivdelict, um den Ungehorsam gegen das Gesetz das ein Thun gebietet[2]). Als die Pflicht, welche hier die Voraussetzung für die Verübung des Delictes bildet, kann selbstverständlich die moralische Pflicht dem Hilfsbedürftigen beizustehen nicht betrachtet werden, sondern nur eine Rechtspflicht, also insbesondere die durch verwandtschaftliches Verhältniß, durch Beruf und Amt, durch Vertrag begründete[3]). Ob dem Thäter eine derartige Pflicht oblag, ist nach Landesgesetzen zu entscheiden.

---

1) Vgl. oben Bd. I § 108.

2) Es ist diese im preuß. Strfgb. nicht enthaltene Bestimmung nach dem Vorbilde anderer, namentlich des sächs. Strfgb aufgenommen worden.

3) Im Widerspruch zum Gesetze leugnet Holtzendorff, ebenso Olshausen § 221 Nr. 7, daß die Weigerung eines Verpflichteten den Hilflosen

Digitized by Google

4) Vollendet ist das Vergehen, wenn der Thäter die betreffende Person vorsätzlich in die sie gefährdende hilflose Lage versetzt, in ihr verlassen, oder pflichtwidrig nicht aus solcher Lage befreit hat. Als vollendet wird darum das Vergehen nicht zu betrachten sein, so lange die hilflose Person durch Nachlaufen, oder durch Geschrei, das Dritten den verlassenden Thäter kenntlich macht, die Verbindung mit demselben noch aufrecht erhalten kann[1]). Das Gesetz hat den Versuch nicht für strafbar erklärt.

§ 24. Die Strafe des Aussetzens und Verlassens ist Gefängniß nicht unter drei Monaten, falls aber die Handlung von leiblichen Aeltern gegen ihr Kind, eheliches oder uneheliches, begangen wurde, Gefängniß nicht unter sechs Monaten. Für die Strafe wird namentlich die größere oder geringere Gefahr, welcher die hilflose Person vom Thäter wissentlich ausgesetzt wurde, von Bedeutung sein.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung der ausgesetzten oder verlassenen Person verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe bis zu zehn Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein. Hierbei wird vorausgesetzt, daß der Thäter zwar die Möglichkeit eines solchen Erfolges sich vorgestellt und diesen zugelassen, ihn aber nicht beabsichtigt habe, d. h. es bezieht sich diese Strafsatzung auf den Fall der Concurrenz des vorsätzlichen Aussetzens, Verlassens und der fahrlässigen schweren Körperverletzung oder Tödtung. Wäre dagegen die schwere Körperverletzung oder der Tod vom Thäter beabsichtigt, so würde die Strafe der vorsätzlichen schweren Körperverletzung, des Mordes oder Todtschlages, oder wenn der beabsichtigte Erfolg nicht eintrat, des Versuches dieser Verbrechen zu verhängen sein. In solchem Falle ist die Anwendbarkeit des § 221 unbedingt ausgeschlossen, denn die auf Körperverletzung oder Tod gerichtete Absicht schließt die in § 221 vorausgesetzte

---

aufzunehmen als Verlassen zu strafen sei, und ferner, daß die vertragsmäßig übernommene Pflicht als Voraussetzung des strafbaren Verlassens genüge. Freilich werden der Arzt, Krankenwärter, Diener die vertragswidrig den Kranken verlassen, in der Regel nicht zu strafen sein, weil damit in der Regel der Kranke nicht in hilflose Lage versetzt sein wird. Warum aber, wenn dies der Fall ist, das Verlassen nicht strafbar sein soll, ist nicht einzusehen. Vgl. dagegen Schwarze § 221 Nr. 6 und im G.-Saal a. a. O. Oppenhoff § 221 Nr. 5. Schütze S. 393. Puchelt § 221 Nr. 3.

1) So Brackenhöft im Arch. 1847 S. 256, dessen so formulirter Satz bei Berner, Holtzendorff, Schwarze Zustimmung gefunden hat.



Digitized by Google

Willensbestimmung aus, und es kann von einer s. g. idealen Concurrenz des § 221 mit § 224, 211, 212, 213, nicht die Rede sein[1]). Hat aber der Thäter die hilflose Person ausgesetzt, nachdem er sich ihrer zuvor zu diesem Zwecke durch List, Drohung oder Gewalt bemächtigte, so liegt ideale Concurrenz von § 221 und 234, von Aussetzung und Menschenraub vor[2]).

Das fahrlässige Verlassen einer hilflosen Person ist an sich nicht strafbar und würde nur gestraft werden können, sofern sich zugleich eine fahrlässige Gesundheitsbeschädigung oder Tödtung ergiebt.

---

1) Eine solche Concurrenz nehmen an Schwarze § 221 Nr. 2. H. Meyer S. 444. Oppenhoff § 221 Nr. 31. Rubo § 221 Nr. 9. Rüdorff § 221 Nr. 6. Aber § 221 setzt voraus, daß die Körperverletzung, der Tod dem Thäter zur culpa, luxuria zuzurechnen sei, und davon kann nicht die Rede sein, falls dieser Erfolg beabsichtigt war. Die Behauptung Rubo's, daß der Tod als beabsichtigt erscheine, wenn der Thäter bei der Aussetzung seinen Eintritt als möglich erkannt habe, bedarf keiner Widerlegung. Vgl dagegen Oppenhoff Rechtsprch. d. Ob.-Trib. XIV S. 748. Binding Normen II S. 522. Olshausen § 221 Nr. 13.

2) Holtzendorff a. a. O. S. 466. v. Buri im G.-Saal 1875 S. 533. Schwarze im G.-Saal 1872 S. 54 f.

Digitized by Google

## Zweites Kapitel.

# Körperverletzung.

### Literatur.

Dogmengeschichtliche Entwickelung Wächter Lehrbuch II S. 182 f., Hälschner System II S. 128 f. und Geyer in Holtzendorff's Hdbch. III S, 519 f. —

Roßhirt im N. Arch. VIII S. 28. — Jagemann ebenda 1844 S. 1 f. 1845 S. 214 f. — Luden in Weiske's Rechtslexikon VI S. 185. — Schwarze in der sächs. Gerichtszeitung X S. 65. — Berner im G.-Saal 1866 S. 270. 1867 S. 1 und in Goltdammer Arch. XVI S. 737. — Dalke ebenda VI S. 446. — Wahlberg im G.-Saal 1872 S. 10 f. — v. Tippelskirch ebenda 1873 S. 307 f. — Geyer ebenda 1874 S. 272 f. 321 f. — Schwarze ebenda S 505 f. — Klebs in Goltd. Arch. XIX S. 23. — Schimmelpfeng ebenda S. 427. — Kries ebenda XXV S. 22. — John ebenda S. 404. — Herbst ebenda XXVI S. 23. — Thomsen Verhandlungen des 12. deutsch. Juristentages II S. 193 f. — John ebenda S. 223 f. — Verhandlungen des 12. deutsch. Juristentages III S. 214 f. 323 f.

### 1. Thatbestand der Körperverletzung.

§ 25. Das deutsche Strafgesetzbuch hat den Thatbestand der Körperverletzung nicht in allgemeiner Weise normirt, sondern nur den Thatbestand der, in Rücksicht auf das Maß der Schuld und Strafe, unterschiedenen Formen derselben. Gleichwohl sind hier wie bei der Tödtung zunächst die Momente des Thatbestandes zusammenzufassen, welche den verschiedenen Formen des Delictes gemeinsam sind. Hierbei kommt aber in Betracht, daß die auf die Körperverletzung sich beziehenden Bestimmungen des 17. Abschnittes des Strafgesetzbuches keineswegs alle Fälle der Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung umfassen, vielmehr alle die Gesundheitsbeschädigungen hier ausgeschlossen sind, welche nur als Mittel zur oder als Folge der Begehung eines anderweitigen Delictes erscheinen und darum vom Gesetze nur als Momente des Thatbestandes dieses Delictes aufgefaßt werden.

Zum Thatbestande der Körperverletzung ist erforderlich eine widerrechtliche Einwirkung auf den Körper eines Menschen, durch

Digitized by Google

die der gegebene leibliche Zustand eine Schädigung erleidet, die körperliche Integrität verletzt wird, und die nur als solche in Betracht kommt, nicht mit anderweitigen Momenten in Verbindung steht, vermöge deren sie den Thatbestand eines anderen selbständigen Delictes ergiebt. Das Gesetz unterscheidet aber näher zwei Arten der Körperverletzung, die körperliche Mißhandlung und die Gesundheitsbeschädigung[1]). Wird die Mißhandlung der Gesundheitsbeschädigung entgegengesetzt[2]), so ergiebt sich damit zunächst in negativer Beziehung, daß von der Mißhandlung ausgeschlossen erscheint jede gegen den Körper geübte Einwirkung die einen pathologischen Zustand zur Folge hat, der entweder überhaupt nicht, oder nur durch eine länger oder kürzer dauernde Reaction des Organismus, einen Heilungsprozeß, wieder beseitigt werden kann, weil eben ein derartiger Zustand als Gesundheitsbeschädigung erscheint[3]). Da eine körperliche Mißhandlung gefordert wird, so ist ferner ausgeschlossen die im gewöhnlichen Leben wohl auch als Mißhandlung bezeichnete, nicht den Körper berührende, durch

---

1) § 223. Mit dieser Unterscheidung ist freilich nicht viel gewonnen, aber doch immerhin dies, daß die Körperverletzung nicht in dem engeren, dem gewöhnlichen Sprachgebrauche entsprechenden Sinne gedeutet werden kann. Jedenfalls würde auch damit nichts gewonnen werden, wenn, wie Geyer in Holtzdff. Hdbch. III S. 535 und im G.-Saal 1874 S. 273 fordert, das „mißhandelt" aus § 223 beseitigt würde, es wäre denn, daß es, wie Tippelskirch im G.-Saal 1873 S. 311 fordert, gelänge gesetzlich festzustellen was unter Körperverletzung zu verstehen sei. Dazu ist die von Tippelskirch vorgeschlagene Formulirung wenig geeignet, möchte aber auch überflüssig sein, weil man es doch füglich der Doctrin und Praxis überlassen darf sich über die Bedeutung von Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung zu verständigen. Vgl. Schwarze Comment. S. 621.

2) Die Ausdrücke „Mißhandlung", „Körperverletzung", „Gesundheitsbeschädigung" finden sich überall in den früheren deutschen Strfgb., aber entweder so, daß sie als gleichbedeutend, oder höchstens graduell verschieden betrachtet werden, z. B. Hannover 241, Würtemberg 260, zum Theil aber so, daß sie einander entgegengesetzt sind und die Mißhandlung voraussetzt, daß eine Körperverletzung nicht stattfand, z. B. Baden 229, Bayern 1861 234.

3) Geyer a. a. O. III S. 534. IV S 366. Herbst a. a. O. S. 30. Dagegen Olshausen § 223 Nr. 6, weil Mißhandlung gleichzeitig Gesundheitsbeschädigung sein könne. Gewiß wird es sprachlich zulässig sein eine Gesundheitsbeschädigung als Mißhandlung zu bezeichnen, aber in solchem Falle kommt gesetzlich die Mißhandlung nicht als solche, sondern nur als Gesundheitsbeschädigung in Betracht. Unrichtig Kries in Goltd. Arch. XXV S. 42, der jeden Unterschied und die Absicht des Gesetzes zu unterscheiden leugnet.

Digitized by Google

Worte, Geberden u. s. w. verübte üble Behandlung eines Menschen, die er als eine in irgend welcher Beziehung ihn unangenehm afficirende empfindet[1]). In positiver Beziehung erfordert die Mißhandlung eine gegen den Körper gerichtete Thätlichkeit, die im Unterschiede von der Gesundheitsbeschädigung nur eine sinnlich wahrnehmbare Empfindung der Unlust, einen körperlichen Schmerz von momentaner Bedeutung, zur Folge hat[2]). Daraus folgt, daß als Mißhandlung im Sinne des Gesetzes die gegen den Körper gerichtete Thätlichkeit nicht zu betrachten ist, die, weil sie keinen Schmerz im weiteren Sinne des Wortes erregt, auch nicht als Körperverletzung erscheint[3]). Ausgeschlossen von der Mißhandlung

---

1) Geyer a. a. O. III S. 535. IV S. 366. Meves S. 197. Schwarze a. a. O. Olshausen § 223 Nr. 3.

2) Schwarze a. a. O. und im G.-Saal 1877 S. 601. Geyer a. a. O. S. 534. Meves S. 197. Herbst a. a. O. S. 34. Dagegen Berner S. 506. v. Liszt S. 236. Oppenhoff § 223 Nr. 17. Olshausen § 223 Nr. 3, welche eine körperliche Mißhandlung auch ohne unmittelbare Einwirkung auf den Körper, insbesondere auch durch psychische Einwirkung annehmen.

3) Die Mißhandlung kann unmöglich als eine Art der Körperverletzung erscheinen, wenn sie nicht eine das körperliche Wohlbefinden störende ist. Daher wird sie immer eine Schmerz erregende sein müssen, vgl. Stenglein II S. 262, mag man auch in Rücksicht auf das Maß desselben ihn etwa als Uebelbefinden, Unbehagen bezeichnen. Oppenhoff § 223 Nr. 17. Berner a. a. O. S. 272. Rubo § 223 Nr. 3. Pezold § 223 Nr. 1. Dagegen Rüdorff § 223 Nr. 2. Olshausen § 223 Nr. 4. Zimmerle § 223 Nr. 1. Darum wird auch die Thätlichkeit die keine Art von Schmerzgefühl zur Folge hat, sondern nur einen psychischen Einfluß ausübt, Widerwillen, Eckel erregt, nicht füglich als Mißhandlung betrachtet werden können, obwohl die Praxis dies annimmt. Oppenhoff a. a. O. Olshausen a. a. O. Goltd. Arch. XXI S. 540. Pezold § 223 Nr. 2. Dagegen Berner a. a. O. S. 272. Schwarze S. 621. Vielfach erörtert und bestritten ist die Frage ob das widerrechtliche Abschneiden der Haare, des Zopfes als Körperverletzung zu betrachten sei, und das wird unbedenklich der Fall sein, wenn im concreten Falle das Abschneiden wirklich eine Störung des Wohlbefinden, Kopfschmerzen erzeugen sollte. Aber auch davon abgesehen wird ein solches Abschneiden, weil es unzweifelhaft Verletzung der körperlichen Integrität ist, als Körperverletzung zu betrachten sein. Geyer a. a. O. IV S. 364. H. Meyer S. 434. Herbst in Goltd. Arch. XXVI S. 34. Dagegen Pezold § 185 Nr. 39. § 223 Nr. 3. § 242 Nr. 2. Allerdings ergiebt sich hierbei die Schwierigkeit, daß § 223 nur zwei Arten der Körperverletzung, Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung, kennt und daß das Zopfabschneiden nicht als Mißhandlung betrachtet werden kann, Schwarze S. 622. Oppenhoff

Digitized by Google

ist darum insbesondere die nicht unmittelbar den Körper, sondern nur die Kleider treffende und sie beschädigende Thätlichkeit, ebenso die eine körperliche Empfindung, aber kein Schmerzgefühl, sondern wohl sogar Lustgefühl erregende Thätlichkeit.

Die Mißhandlung wird hiernach immer nur als eine mechanisch wirkende Thätlichkeit erscheinen, nicht so die Gesundheitsbeschädigung. Sie kann durch eine mechanisch wirkende Thätlichkeit zugefügt werden, sei es daß der Thäter sie unmittelbar mittelst seines eignen Körpers oder mittelbar durch irgend welches Werkzeug verübt. Sie kann durch eine anders geartete äußere Einwirkung auf den Körper, durch äußere Berührung des Körpers mit einem Krankheit erzeugenden Stoffe, durch Ansteckung bewirkt werden, durch Beibringen gesundheitsschädlicher Stoffe in das Innere des Körpers, auch durch Unterlassungen soweit sie die Bedeutung strafbarer Begehungen haben. Endlich wird eine Gesundheitsbeschädigung auch durch psychische Einwirkung verübt werden können, vorausgesetzt, daß die durch solche Einwirkung hervorgerufenen Gemüthsaffectionen rückwirkend auf den Körper eine Krankheit oder Geistesstörung zur Folge haben[1]), denn im andern Falle werden die verursachten Affecte, Unlustgefühle, wie unangenehm sie empfunden werden mögen, nicht als Gesundheitsbeschädigungen betrachtet werden dürfen. Allerdings werden auch solche Gefühlserregungen rückwirkend auf den Körper leibliches Unbehagen, Uebelbefinden hervorrufen können, und es wird immer unmöglich bleiben im concreten Falle festzustellen ob die psychische Einwirkung ein nur psychisches oder auch somatisches Uebelbefinden zur Folge hatte. Das aber wird möglich sein festzustellen ob ein Krankheits-

---

§ 223 Nr. 18, aber auch nicht mit Herbst a. a. O. als Gesundheitsbeschädigung. Das Gesetz hat eben nicht berücksichtigt, daß in diesem einen Ausnahmefalle Verletzung der körperlichen Integrität ohne Erregung von Schmerz und ohne Gesundheitsbeschädigung möglich ist. Es wird aber doch dem Sinne des von „Körperverletzung" handelnden Gesetzes entsprechen, wenn man das Haarabschneiden, obwohl es an sich keinen Schmerz verursacht, ausnahmsweise als eine Mißhandlung beurtheilt. Vgl. Olshausen § 223 Nr. 6.

1) Durch Verursachung heftigen Schreckens kann gewiß ein Krankheitszustand hervorgerufen werden, und darum wird man nicht mit H. Meyer S. 434 eine Gesundheitsbeschädigung durch psychische Einwirkung nur dann annehmen dürfen, wenn sie eine Geisteskrankheit zur Folge hatte. Vgl. sächs. Strfgb. 166. Geyer a. a. O. S. 527. Schwarze S. 622. Wahlberg im G.-Saal 1872 S. 10 f. Olshausen § 223 Nr. 5.

Digitized by Google

zustand verursacht worden ist oder nicht, und darauf allein kommt es an, denn hat keine Gesundheitsbeschädigung stattgefunden, so ist solche psychische Einwirkung nicht strafbar, weil sie nicht als körperliche Mißhandlung in Betracht kommen kann.

Wenn das Gesetz Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung unter den allgemeinen Begriff Körperverletzung zusammenfaßt, so entspricht es allerdings dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nicht, auch die Verursachung einer Geisteskrankheit als Körperverletzung zu bezeichnen. Immerhin kommt in Betracht, daß auch die Geisteskrankheit einen leiblichen Krankheitszustand zur Voraussetzung hat, auf einer Beschädigung, Verletzung des Körpers beruht, und jedenfalls betrachtet das Gesetz die Verursachung der Geisteskrankheit als eine Gesundheitsbeschädigung. Daraus, daß also das Gesetz die Verursachung einer Geisteskrankheit unter den Begriff Körperverletzung subsumirt, kann am wenigsten dies gefolgert werden, daß sie als Körperverletzung nur dann strafbar sei, wenn sie die Folge einer unmittelbar den Körper treffenden Einwirkung war, nicht wenn die Folge einer psychischen Einwirkung[1]), denn auch die letztere übt einen Einfluß auf den Körper aus, und es ist nicht einzusehen welcher Werth darauf gelegt werden könnte, ob die Einwirkung auf den Körper aus dem die Geistesstörung entspringt unmittelbar oder mittelbar stattgefunden hat.

Für die Begriffsbestimmung der Körperverletzung im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches kommt neben den auf die Körperverletzung selbst sich beziehenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere auch der Umstand in Betracht, daß abweichend vom preußischen Strafgesetzbuche das deutsche die mittelst einer wider den Körper gerichteten Thätlichkeit verübte Beleidigung als thätliche Beleidigung, und nicht bloß als Körperverletzung, unter Strafe gestellt hat. Weil das preußische Strafgesetzbuch die thätliche Beleidigung ganz aufgegeben hatte und eine jede gegen den Körper gerichtete Thätlichkeit als Körperverletzung behandelte, war es eigentlich unmöglich den Thatbestand der Körperverletzung in allgemeiner Weise zu bestimmen, weil es nicht gelingen konnte Thätlichkeiten, die rücksichtlich ihrer äußeren Erscheinung und Wirkung wie rücksichtlich der Willensbestimmung des Thäters von durchaus verschiedener Be-

1) So Oppenhoff § 223 Nr. 19 und ebenso Wahlberg a. a. O. Dagegen Schwarze S. 621. Schütze S. 395. Herbst in Goltd. Arch. XXVI S. 23 f.

Digitized by Google

deutung sind in eine Begriffsbestimmung zusammenzufassen[1]). Indem das deutsche Strafgesetzbuch, um in dieser Beziehung das preußische zu corrigiren und zu der Auffassung des älteren gemeinen Rechts und der übrigen deutschen Gesetzbücher zurückzukehren[2]), der thätlichen Beleidigung gedenkt, so ergiebt sich, daß als Körperverletzungen nur Mißhandlungen und Gesundheitsbeschädigungen in dem angegebenen Sinne zu betrachten sind, nicht aber anders geartete Thätlichkeiten, die nur als Beleidigungen werden gestraft werden können[3]). Dagegen ist allerdings die thätliche Beleidigung nicht auf derartige Thätlichkeiten beschränkt, denn es kann der Beleidiger eine s. g. Realinjurie in dem Sinne verüben, daß er die Verletzung eines anderweitigen Rechtes, des Rechtes auf körperliche Integrität, als Mittel benutzt um die Mißachtung des sittlichen Werthes des Beleidigten kund zu geben. Wird in der Absicht zu beleidigen vorsätzlich eine Körperverletzung zugefügt, so findet eine s. g. ideale Concurrenz der Beleidigung und Körperverletzung statt, und den Beleidiger werden dann auch die schwereren Strafen der Körperverletzung treffen, wenn gegen seine Absicht eine der in § 224 und 226 bezeichneten schweren Folgen der Körperverletzung eingetreten ist. Dagegen findet eine solche Concurrenz nicht statt, wenn die Absicht zu beleidigen mangelte und nur auf Körperverletzung ging[4]).

1) Vgl. hierüber die nähere Ausführung Hälschner Syst. II S. 138 f. Gegen diese Abweichung vom preuß. Strfgb. und die Wiederherstellung der thätlichen Beleidigung Klebs in Goltdammer Arch. XIX S. 23. Dagegen Schimmelpfeng ebenda S. 427.

2) Motive z. II Entwf. § 183.

3) Ein Kuß, eine unzüchtige Betastung ruft eine körperliche Empfindung hervor, die in keiner Weise als Schmerz bezeichnet werden kann, und darum werden solche Thätlichkeiten niemals als Körperverletzung, sondern nur als thätliche Beleidigung strafbar erscheinen können. Schwarze S. 622. Dagegen Oppenhoff § 223 Nr. 17.

4) Ob nur thätliche Beleidigung, Realinjurie, vorliege, darüber entscheidet zunächst die Beschaffenheit der Handlung, nicht wie die Motive sagen die Willensrichtung des Thäters, denn wenn diese auf Beleidigung ging, so kann diese Absicht niemals bewirken, daß er nicht wegen Körperverletzung, auch schwerer, zu strafen wäre, wenn er diese vorsätzlich als Mittel der Beleidigung wählte. Insoweit hat Oppenhoff § 185 Nr. 17 recht und scheint meine Ausführung, System II S. 138 f., falsch verstanden zu haben. Die Willensbestimmung entscheidet aber darüber ob nur Körperverletzung oder mit ihr concurrirend auch Beleidigung vorliege, und Oppenhoff hat unrecht, wenn er dies leugnet. Vgl. Geyer a. a. O. III S. 529.

Digitized by Google

Die Körperverletzung kann ebensowohl dolos wie culpos verübt werden, und es ist die neuere Gesetzgebung, indem sie übereinstimmend auch die fahrlässige Körperverletzung für strafbar erklärte, von der in der älteren gemeinrechtlichen Doctrin verbreiteten Auffassung abgewichen, nach welcher in Rücksicht auf die gemeinrechtlichen Quellen die Körperverletzung nicht als eigenthümliches Delict, sondern als Injurie betrachtet, darum Dolus gefordert wurde, und die culpose Verletzung straflos blieb[1]). Die vorsätzliche Körperverletzung hat selbstverständlich nicht nur zur Voraussetzung, daß die Thätigkeit aus der sich die Verletzung ergab eine vorsätzliche, sondern weiter auch, daß diese von der Absicht eine Körperletzung zu verursachen bestimmt war. Wo diese Absicht fehlte, kann das vorsätzliche Thun entweder als fahrlässige Körperverletzung strafbar sein oder auch, wenn sie keine Verletzung zur Folge hatte, auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmungen, als eine die körperliche Integrität gefährdende. In diesem Sinne droht § 366 Nr. 6 und 7 Geldstrafe bis zu sechzig Mark oder Haft bis zu vierzehn Tagen dem der Hunde auf Menschen hetzt, Steine oder andere harte Körper oder Unrath auf Menschen wirft. Vorausgesetzt wird hier nicht die Absicht[2]), daß der Hund, der geworfene Stein eine Verletzung verursache, denn es wird hier die gefährliche, vorsätzliche Thätigkeit als solche, ohne Rücksicht auf die Absicht mit Strafe bedroht, obwohl andrerseits die auf Körperverletzung gehende Absicht die Anwendung dieser Strafbestimmung nicht ausschließt[3]). Mangelte die Absicht der Körperverletzung und trat eine solche dennoch ein, so concurrirt mit der nach § 366 strafbaren Uebertretung eine fahrlässige Körperverletzung.

---

1) Feuerbach § 245. 292. Roßhirt Lehrbch. § 184 und im N. Arch. VIII S. 35. Martin § 128. Marezoll § 113. Erst Koch hatte damit begonnen die Körperverletzung als selbständiges Delict zu behandeln, indem man sich dafür auf die Praxis berief, so auch Tittmann I § 184. Heffter § 282, oder wohl auch wie Wächter II S. 183 diese Praxis quellenmäßig zu rechtfertigen suchte. Vgl. Hälschner System II S. 134.

2) In der Regel wird es sich um ungebührlichen Scherz, Muthwillen, um die Absicht Furcht, Schrecken zu erregen handeln. Es ist diese Strafbestimmung aus dem Code pénal in das preuß. und deutsch. Strfgb. übergegangen. Goltd. Mat. II S. 727. 733. Oppenhoff § 366 Nr. 12—15. Schwarze § 366 Nr. 6. 7. Geyer a. a. O. III S. 529.

3) Das Hetzen des Hundes, Werfen des Steines in der Absicht zu verletzen erscheint an sich als Versuch der Körperverletzung, der nach § 223 nicht strafbar, in dieser Form verübt nach § 366 zu strafen ist.

Digitized by Google

Die strafbare Körperverletzung muß endlich eine rechtswidrige sein[1]), denn insofern die Handlung im concreten Falle eine berechtigte oder erlaubte war und als solche verübt wurde, mangelt die schuldhafte Willensbestimmung, welche die nothwendige Voraussetzung aller Strafbarkeit ist. Insbesondere erfordert also die vorsätzliche Körperverletzung, daß sie mit dem Bewußtsein des pflichtwidrigen Handelns verübt werde. Wer in der Absicht einer sittlichen Pflicht zu genügen, in der Absicht Jemanden vor der ihm drohenden Gefahr zu bewahren, eine Thätlichkeit verübt, die sonst geeignet sein würde als Mißhandlung zu erscheinen, ist nicht strafbar. Ebenso kann die Ausübung eines Züchtigungsrechtes nicht als Körperverletzung gestraft werden, wohl aber die Ueberschreitung seines Maßes. Als vorsätzliche Körperverletzung ist die Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes zu strafen, falls der Züchtigende in bewußter Weise die Grenzen seines Rechtes überschritt, als fahrlässige Körperverletzung, falls gegen seine Absicht sich eine vorherzusehende und zu vermeidende gesundheitsschädliche Folge der Züchtigung ergab. Die Frage wem ein Züchtigungsrecht zustehe und in welchem Maße, ist, soweit reichsgesetzliche Bestimmungen mangeln, nach Landesgesetzen zu beantworten[2]). Durch die Einwilligung des

1) Mit großer Schärfe tritt Rubo § 223 Nr. 5 der Behauptung Oppenhoff's, Rüdorff's, Schwarze's entgegen, daß „selbstverständliche Voraussetzung" einer Körperverletzung deren Widerrechtlichkeit sei, da § 223 ebensowenig wie § 211 die Widerrechtlichkeit zum Thatbestande des betreffenden Delictes erfordere, und die That eben dann rechtswidrig sei, wenn sie dem gesetzlichen Thatbestande entspreche. Gleichwohl will auch Rubo die vorsätzliche Tödtung und Körperverletzung dann straflos lassen, wenn sie z. B. etwa durch Nothwehr geboten war. Ein solcher Strafausschließungsgrund könne aber nur jure exceptionis geltend gemacht und begründet werden. Das heißt also mit andern Worten: es ist selbstverständliche Voraussetzung der strafbaren Körperverletzung, daß nicht einwandsweise ein Strafausschließungsgrund geltend gemacht und begründet wird. Hiergegen muß aber entschiedener Widerspruch erhoben werden, denn strafrechtliche Einreden müssen nicht wie die civilrechtlichen erst von dem Beschuldigten geltend gemacht werden, sondern sind pflichtmäßig vom Staatsanwalt wie vom Richter zu berücksichtigen. Mittermaier Deutsch. Strafverfahren II S. 209. Zachariä Handbch. d. Strafprozesses II S. 418. Geyer Lehrbch. d. deutsch. Strafprozesses S. 708. Eben darum muß es bei dem positiv gefaßten Satze bleiben, daß die strafbare Körperverletzung die Rechtswidrigkeit der Handlung voraussetzt.

2) Hierüber und manche sich daran anschließende casuistische Streitfragen vgl. Oppenhoff § 223 Nr. 3—12. Schwarze S. 625 f. und im G.-Saal 1877 S. 597 f. Pezold § 223 Nr. 9—12. Zimmerle § 223 Nr. 3—24.

Digitized by Google

Verletzten wird die Körperverletzung nicht straflos, aber es wird ihr hier wie bei der Tödtung ein strafmindernder Einfluß zugestanden werden müssen[1]). Da das Gesetz eine besondere Strafbestimmung für die am Einwilligenden verübte Körperverletzung nicht aufgestellt hat, so kann der Richter in solchem Falle die Strafe nur soweit mindern als die relativ bestimmte Strafe es zuläßt.

## 2. Die Arten der Körperverletzung.

§ 26. In Betreff der Strafe und ihres Maßes unterscheidet das Gesetz ob die Körperverletzung vorsätzlich oder fahrlässig verübt wurde, und in Betreff der vorsätzlichen weiter ob sie durch ein erschwerendes Moment ausgezeichnet ist oder nicht.

Die vorsätzliche leichte Körperverletzung läßt sich nur negativ dahin bestimmen, daß als solche eine jede Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung zu betrachten ist, die das Gesetz nicht als eine gefährliche oder schwere durch erhöhte Strafe ausgezeichnet hat. Wenn zwar § 223 nur von der Körperverletzung schlechthin spricht ohne sie als eine leichte zu bezeichnen, so kann doch kein Zweifel sein, daß, wenn in Betreff der nur auf Antrag zu verfolgenden Körperverletzung § 232 von leichten vorsätzlichen Verletzungen spricht, als solche alle nach § 223 zu beurtheilenden anzusehen sind, und rücksichtlich ihrer eine weitere Unterscheidung je nachdem sie als leicht oder erheblich erscheinen, nicht gemacht werden darf[2]).

---

Geyer a. a. O. IV S. 364. Meves § 223 Nr. 3. 4. In Verbindung mit seiner Ansicht, daß der Thatbestand der Körperverletzung nicht die Rechtswidrigkeit der Handlung fordere steht die Behauptung Rubo's a. a. O., daß durch § 223 alle landesgesetzlichen Bestimmungen über Züchtigungsrecht außer Kraft gesetzt worden sind.

1) Für die Strafloſigkeit Wächter im G.-Saal 1868 S. 1 f. Puchelt Abschnitt 7. c. Ortmann in Goltd. Arch. XXV S. 119. Zimmermann ebenda XXIX S. 441. Rödenbeck Der Zweikampf S. 28 f. Dagegen Geyer a. a. O. III S. 555 und im G.-Saal 1874 S 280. Oppenhoff § 223 Nr. 2. Rüdorff § 223 Nr. 4. Rſprch. II S. 521. Leichte, nicht aber schwere, Verletzungen des Einwilligenden erklären für straflos H. Meyer S. 289. Olshausen § 223 Nr. 9. Vgl. oben Bd. I S. 471.

2) Nach § 223 wird allerdings manche Körperverletzung zu strafen sein, die man im gewöhnlichen Leben schwerlich als eine leichte bezeichnen wird. Hierauf gestützt will Schimmelpfeng in Goltd. Arch. XIX S. 432 in Uebereinstimmung mit einem Urtheile des Appel.-G. zu Cassel unter leichten nur geringfügige, unbedeutende Verletzungen im Unterschiede von erheblichen

Digitized by Google

Die Strafe der leichten Körperverletzung ist Gefängniß bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bis zu eintausend Mark.

Ist die Handlung gegen Blutsverwandte aufsteigender Linie begangen, so ist die Strafe Gefängniß nicht unter einem Monat[1]). Da hier die Verletzung der Pietätspflicht als erschwerender Umstand erscheint, so ist es selbstverständlich die Voraussetzung der erhöhten Strafe, daß der Thäter den Verwandten als solchen gekannt habe. Sind mildernde Umstände vorhanden, so ist die Strafe die gleiche wie in anderen Fällen leichter Körperverletzung[2]).

§ 27. Von der leichten Körperverletzung unterscheidet das Gesetz die gewöhnlich als die gefährliche bezeichnete[3]). Das deutsche Strafgesetzbuch war von dem preußischen insofern abgewichen, als es sich darauf beschränkte leichte und schwere Körperverletzung zu unterscheiden, dagegen die Mittelstufe des preußischen Strafgesetzbuches, die mit erheblichen Nachtheilen verbundene Verletzung[4]), beseitigte, weil die Frage was als erheblicher Nachtheil für Gesundheit oder Gliedmaßen, oder als länger dauernde Arbeitsunfähigkeit zu betrachten sei, zu vielen Zweifeln Anlaß gegeben habe. Ebenso wurde die gesetzliche Auszeichnung der mit Ueberlegung verübten Körperverletzung aufgegeben, dagegen die Strafe der leichten Kör-

---

nach § 223 zu strafenden umsomehr unterscheiden, als es nicht zu rechtfertigen sein würde, wenn auch erhebliche Verletzungen nur auf Antrag verfolgt werden dürften. Dem steht entgegen, daß § 232 ausdrücklich auf § 223 verweist, was unmöglich anders gedeutet werden kann, als daß alle nach § 223 zu strafende Verletzungen, aber auch nur diese im Sinne des Gesetzes leichte sind. Geyer a. a. O. III S. 555. Oppenhoff § 232 Nr. 1. Meves § 232 N. 1. Schwarze § 223 Nr. 7.

1) Gegen die Strafschärfung und die Nichtzulassung mildernder Umstände bei schwerer Verletzung von Ascendenten, welche durch die Novelle von 1876 beseitigt ist, Geyer in Holtzdff. Hdbch. III S. 549. IV S. 369 und im G.-Saal 1874 S. 298. Vgl. John Entwf. S. 434. Glaser zum Zürcher Entwf. S. 66.

2) Strfgb. § 228. Die Zulassung mildernder Umstände im Falle des § 223 Abs. 2 ist durch die Novelle von 1876 in § 228 eingefügt worden, indem die Motive besonders auf die von dem Ascendenten ausgegangene Provocation als mildernden Umstand Bezug nehmen. Meves zu § 228.

3) Den Ausdruck gefährliche Verletzung, der dem Inhalte des § 223a durchaus entspricht, hat zuerst Schwarze Ergänzungen zu seinem Commentar S. 28 gebraucht.

4) In das preuß. Strfgb. durch Gesetz v. 14. April 1856 eingeschoben als § 192a.

Digitized by Google

perverletzung im Höchstbetrage von zwei auf drei Jahre Gefängniß erhöht, um eine ausreichende Berücksichtigung erheblicher Folgen wie des Handelns mit Ueberlegung möglich zu machen[1]). Wie dem preußischen Strafgesetzbuche und seiner ursprünglichen Zweitheilung gegenüber, so machte sich bald auch in Betreff des deutschen das Bedürfniß geltend zwischen die leichte und schwere Körperverletzung eine Mittelstufe einzuschieben, und zwar einerseits in Rücksicht auf die ungerechtfertigte in der Praxis herrschende Milde in der Beurtheilung leichter Verletzungen, andrerseits in Rücksicht darauf, daß die Qualität der Körperverletzung als Antragsdelictes eine zu weit reichende Ausdehnung erfahren hatte[2]). In Folge dessen wollte der Entwurf zur Novelle von 1876 die Körperverletzung aus den Antragsdelicten ausscheiden und eine Mittelstufe zwischen die leichte und die schwere Verletzung in der Art einfügen, daß die erhöhte Strafe weder von dem schwer abzugrenzenden Erfolge noch auch von einer besonderen Gestaltung der Willensbestimmung, sondern von der eine erhöhte Schuld bedingenden Art der vorsätzlichen Thätigkeit abhängig sein sollte[3]). Das Ergebniß war die Einfügung des § 223a in das Strafgesetzbuch, wogegen an der Qualität der leichten Körperverletzung als Antragsdelictes festgehalten wurde.

Gefängnißstrafe von zwei Monaten bis zu fünf Jahren soll verhängt werden

1) wenn die leichte Körperverletzung mittelst einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines andern gefährlichen Werkzeuges, zugefügt wurde. Wenn hier das Messer und andere gefährliche Werkzeuge exemplificirend als Waffen bezeichnet werden, so ergiebt

---

1) Motive z. II Entwf. § 218—221.

2) Zum Theil wurde gefordert, daß die Körperverletzungen überhaupt nicht als Antragsdelicte behandelt würden, Geyer im G.-Saal 1874 S. 285. John Entwf. S. 461 f. und 12. deutsch. Juristentag II S. 252 f. Thomsen ebenda S. 210 und so auch Beschluß des Juristentags III S. 215 f. 323 f., zum Theil, daß wenigstens leichte Verletzungen mit erheblichen Folgen als Offizialdelicte zu behandeln seien, Tippelskirch im G.-Saal 1873 S. 307. Vgl. oben S. 91 Nr. 2 über Schimmelpfeng in Goltd. Arch. XIX S. 432. Gegen die von Tippelskirch a. a. O. von Nessel Die Antragsberechtigungen S. 80 geforderte Wiederherstellung der erheblichen Verletzung Geyer im G.-Saal 1874 S. 275 f.

3) Motive zum Entwf. des Gesetzes betreffend Abänderung einiger Bestimmungen des Strfgb. S. 48 f. Meves S. 343 f. Geyer in Holtzdff. Hdbch. IV S. 368. Schwarze im G.-Saal 1876 S. 382 f.

Digitized by Google

sich, daß das Wort Waffe hier nicht in dem technischen Sinne genommen ist, in welchem darunter nur dasjenige Werkzeug zu verstehen ist, dessen alleinige Zweckbestimmung es ist, als Stoß-, Hieb- oder Schußwaffe zu dienen. Incorrect ist die Fassung des Gesetzes insofern, als die Waffe als der allgemeinere Begriff vorangestellt wird, um sodann Messer und andere gefährliche Werkzeuge als eine besondere Art von Waffen anzuführen, während offenbar umgekehrt das gefährliche Werkzeug der allgemeine Begriff ist unter den auch Waffen und Messer zu subsumiren sind. Für Auslegung und Anwendung des Gesetzes würde daher eine feste Begriffsbestimmung des gefährlichen Werkzeuges von entscheidender Bedeutung sein[1]).

---

1) Während der Entwurf nur von Schuß-, Stich- oder Hiebwaffen, insbesondere Messern, sprach, fügte der Reichstag die Worte „oder eines andern gefährlichen Werkzeuges" hinzu, und damit ergab sich in Doctrin und Praxis der unlösbare Streit, was als Waffe, als gefährliches Werkzeug zu betrachten sei. Die Reichstags-Commission, Schwarze § 223a Nr. 2 erklärte als Waffe jeden Gegenstand, mittelst dessen durch mechanische Einwirkung auf den Körper eines Andern eine Verletzung desselben herbeigeführt werden kann. Vgl. Oppenhoff § 223a Nr. 3. Meves § 223a Nr. 3. Geyer a. a. O. IV S. 371. Hiernach würde jedes Werkzeug als Waffe zu betrachten sein und als leichte nach § 223 zu strafende Körperverletzung nur noch die ohne Werkzeug zugefügte erscheinen. Wenn aber das Gesetz von gefährlichen Werkzeugen spricht, setzt es voraus, daß es auch ungefährliche giebt. Ueber die reiche Casuistik die sich in Betreff dieser Unterscheidung ergeben hat vgl. Zimmerle § 223a Nr. 7—29. Der Stiefel den Jemand am Fuße trägt ist Werkzeug, wenn er damit einen Fußtritt giebt, und gefährliches Werkzeug, wenn er schwer und mit Nägeln beschlagen ist, nicht gefährlich, wenn es ein leichter Tanzstiefel ist!! Das R.-Gericht hat wiederholt entschieden, daß die Gefährlichkeit des Werkzeuges nur durch seine objective Beschaffenheit bedingt werde, Rsprch. I S. 442. II S. 496, andrerseits aber auch, daß die Gefährlichkeit durch die Art des Gebrauchs im concreten Falle bedingt werde, Rsprch. I S. 781, ähnlich d. preuß. O.-Trib. Goltd. Arch. XXVII S. 535. Vielfach hat die Praxis, beide Gesichtspunkte combinirend, als gefährlich das Werkzeug bezeichnet das an sich oder nach der Art des Gebrauches geeignet ist eine erheblichere Körperverletzung zu bewirken. Zimmerle § 223a Nr. 7. — von Kries in seiner Abhdlg. in Goltd. Arch. XXV S. 22 f. kommt zu dem Resultate, daß in Betreff des § 223a nicht jedes Werkzeug als ein gefährliches betrachtet werden kann, daß der Begriff „Waffe", „gefährliches Werkzeug" nach objectiven Merkmalen zu bestimmen ist, vgl. Olshausen § 223a Nr. 5, und daß dies nur möglich ist unter Berücksichtigung der Verletzungen die durch ein bestimmtes Werkzeug gewöhnlich hervorgebracht werden, wahrscheinlich sind, naheliegen. Eben diese Verletzungen müssen aber als erhebliche erscheinen, wenn das Werkzeug als ein gefährliches im Unterschiede vom

Digitized by Google

In dieser Beziehung ergiebt sich zunächst soviel, daß als mit gefährlichem Werkzeuge verübt niemals Körperverletzungen zu strafen sind, die der Thäter lediglich mittelst seiner eignen Gliedmaßen zufügte. Er muß sich eines Werkzeuges bedient haben; und als solches erscheint nicht bloß die von Menschenhand verfertigte, irgend einer Zweckbestimmung dienende Sache[1]), sondern eine jede Sache, deren sich der Thäter im concreten Falle als Werkzeuges zur Verübung einer Körperverletzung bedient, vorausgesetzt daß sie mit der Hand erfaßt und gehandhabt, geeignet ist durch mechanische Einwirkung eine Körperverletzung zu verursachen. Es wird aber endlich ein gefährliches Werkzeug gefordert, und eine allgemeine Norm aufzustellen nach der sich das gefährliche von dem nicht gefährlichen Werkzeuge unterscheiden ließe, wird sich stets als unmöglich erweisen, weil je nach der Art des Gebrauches das scheinbar ungefährlichste Werkzeug sich als gefährlich erweisen kann und die gefährlichste Waffe als ungefährlich. Es würde aber dem Sinne und der Tendenz des Gesetzes ebenso widersprechen, wenn man, weil jedes Werkzeug, je nach der Art seines Gebrauches, gefährlich erscheinen kann, jede mittelst irgend eines Werkzeuges zugefügte Verletzung nach § 223a beurtheilen wollte, wie, wenn man die Anwendung dieser Strafbestimmung, ohne jede Rücksicht auf die objective Beschaffenheit des Werkzeuges nur davon abhängig machen wollte, ob im concreten Falle das Werkzeug vermöge der Art seines Gebrauches als gefährlich erschien, so daß eventuell die Waffe im technischen Sinne, das Messer, nicht als gefährliche Werkzeuge zu betrachten sein würden. Das Gesetz macht die erhöhte Strafe von der gefährlichen Beschaffenheit des Werkzeuges an sich, nicht von der gefährlichen Art seiner Handhabung abhängig, und soll daher der Unterschied des gefährlichen und des ungefährlichen Werkzeuges fest gehalten werden, so wird dies freilich nur möglich sein, wenn man die Wirkung, welche das betreffende Werkzeug seiner Beschaffenheit nach in der Regel ausübt, als das Kriterium dieser Unterscheidung betrachtet, wenn man die Gefährlichkeit und Ungefährlichkeit des Werkzeuges abschätzt nach der größeren oder geringeren Erheblichkeit der Verletzung die von seiner Anwendung in der Regel zu erwarten ist[2]). Die erhöhte Strafbarkeit der mittelst eines gefähr-

ungefährlichen betrachtet werden soll. Dem wird man im Wesentlichen nur zustimmen können.

1) Dagegen Geyer a. a. O. IV S. 372. Olshausen § 223a Nr. 5.

2) Damit ist zwar eine, andere irrige Auffassungen abwehrende, aber

Digitized by Google

lichen Werkzeuges zugefügten Verletzung kann auch ihre Rechtfertigung nur in dem Umstande finden, daß der Thäter sich eines Werkzeuges bedient von dem er weiß, daß sein Gebrauch in der Regel eine erheblichere Verletzung nach sich zieht. Daß der Thäter durch dieses Bewußtsein sich nicht abhalten ließ das gefährliche Werkzeug zu benutzen, bildet das eigenthümliche Moment seiner Verschuldung, wogegen die Absicht eine erheblichere Verletzung zuzufügen nicht vorausgesetzt, aber die Anwendung des § 223a durch eine erwiesene derartige Absicht auch nicht ausgeschlossen wird.

Die angegebene erhöhte Strafe tritt

2) ein, wenn die Körperverletzung mittels eines hinterlistigen Ueberfalles verübt wurde. Wesentlich ist in diesem Falle, daß der Verletzte unerwartet, unvorbreitet und in einer vom Thäter derart veranstalteten Weise überfallen und verletzt wurde, daß ihm der Angriff ebenso erleichtert wie dem Ueberfallenen die Abwehr unmöglich gemacht oder erschwert wurde[1]).

3) Wenn die Verletzung von Mehreren gemeinschaftlich verübt wurde. Die gemeinschaftliche Verübung setzt ein Verhältniß der Theilnahme der Mehreren voraus, gleichviel ob sie alle als Mitthäter, oder zum Theil nur als Gehilfen thätig waren, ob eine Verabredung vorausgegangen war, oder ob sich ohne eine solche das Einverständniß der Mehreren thatsächlich bildete. Die Gefährlichkeit solcher Verübung liegt darin, daß der Angegriffene der Uebermacht gegenüber wehrlos erscheint, und darum wird nicht nothwendig erfordert, daß die Mehreren gleichzeitig Mißhandlungen zufügen. Es würde hierher bedingungsweise noch der Fall gehören,

---

keineswegs alle Zweifel ausschließende Norm gewonnen, und für das richterliche Ermessen bleibt ein weiter Spielraum offen, wie es unvermeidlich ist, wenn es sich um Abschätzung von Gefahren, von möglichen Erfolgen und deren Bedeutung, handelt.

1) Schwarze § 223a Nr. 3. Meves § 223a Nr. 4. 5. Oppenhoff § 223a Nr. 4. Geyer a. a. O. S. 373. Von hinterlistigem Ueberfall kann gewiß nur gesprochen werden, wenn der Thäter den Angriff mit Ueberlegung in der angegebenen Weise veranstaltet, warum dazu aber ein in Folge plötzlich gefaßten Beschlusses unerwartet von hinten erfolgender Angriff nicht genügen soll, wie die Praxis vielfach angenommen hat, Zimmerle Nr. 34. Rsprch. I S. 844. Oppenhoff a. a. O. Olshausen § 223a Nr. 7 ist nicht einzusehen. Die nicht mit Ueberlegung ausgeführte That schließt eine auf das Verhältniß von Mittel und Zweck gerichtete Ueberlegung nicht aus, vgl. oben S. 36.

Digitized by Google

daß die mehreren Theilnehmer in unmittelbarer Aufeinanderfolge Verletzungen zufügen, so wie der, daß nur einer das Delict verübt, während der Andere, im Einverständniß mit ihm, den Angegriffenen festhält[1]). Ein gleichzeitiges oder successives Handeln der Mehreren, auch wenn sie sich desselben bewußt sind, wird dagegen nicht hierher zu rechnen sein, wenn im concreten Falle nicht ein die besondere Gefährlichkeit des Angriffes bedingendes Zusammenwirken der Mehreren stattfand.

Endlich ist nach § 223a zu beurtheilen

4) der Fall, daß die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen wurde. In dieser Beziehung ist es von entscheidender Bedeutung, daß das Gesetz eine das Leben gefährdende Behandlung, nicht aber Verletzung, fordert, und als eine solche wird die Behandlung erscheinen, wenn sie geeignet war das Leben des Verletzten zu gefährden[2]). Es handelt sich also um Möglichkeiten, Wahrscheinlichkeiten die festzustellen auch für den Arzt um so schwieriger sein wird, als es sich nicht um eine Prognose rücksichtlich der zugefügten Verletzung handelt, denn es kann die Verletzung im concreten Falle eine lebensgefährliche sein, während die Art der Behandlung aus der sie entsprang nicht so zu bezeichnen ist, und es kann umgekehrt die Verletzung als ungefährlich und gleichwohl die Art der Behandlung als lebensgefährlich erscheinen. Ist also die Art der Behandlung, nicht ihr wirklich eintretender Erfolg entscheidend, so wird sie sich als lebensgefährlich nur bezeichnen lassen, wenn sie ihrer Beschaffenheit nach erfahrungsgemäß oft und leicht eine lebensgefährliche Verletzung nach sich zieht.

---

1) Schwarze § 223a Nr. 4. Meves § 223a Nr. 6. 7. Oppenhoff § 223a Nr. 5. Zimmerle § 223a Nr. 36—40. Die Praxis hat in Rücksicht auf § 47 mehrfach angenommen, daß Mitthäterschaft der Mehreren erfordert werde. Zimmerle Nr. 35, so auch Olshausen § 223a Nr. 8. Die Urtheile des R.-Gerichts Rsprch. I S. 742. IV S. 715. Entsch. V S. 306 beziehen sich zwar auf Fälle der Mitthäterschaft, sprechen aber nicht aus, daß eine solche die nothwendige Voraussetzung sei. Vgl. H. Meyer S. 436.

2) So Schwarze als Berichterstatter im Reichstage und § 223a Nr. 5. Meves Nr. 8. Oppenhoff Nr. 6 erachten dies nicht als genügend, sondern fordern, daß das Leben wirklich in Gefahr gesetzt war. Aber eine Behandlung die geeignet ist das Leben zu gefährden, setzt, einem Andern zugefügt, das Leben auch wirklich in Gefahr. Will man damit aber sagen, es müsse die Behandlung eine lebensgefährliche Verletzung zur Folge gehabt haben, so würde dies ganz gegen den Sinn des Gesetzes sein. Dagegen Urtheile bei Zimmerle Nr. 41. 42. Entsch. VI S. 396.



Digitized by Google

Welch anderes Kriterium für die Gefahr entscheidend sein könnte, ist nicht einzusehen, und wenn man, wie geschieht[1]), es für indifferent erklärt ob die Gefahr eine nahe oder entfernte war, also auch jede entfernte Möglichkeit für ausreichend ansieht, die Art der Behandlung für lebensgefährlich zu erklären, so wird der Arzt entweder jede Art der Verletzung für lebensgefährlich erklären müssen, oder die Frage überhaupt nicht beantworten können.

In subjectiver Beziehung wird erfordert, daß die lebensgefährliche Behandlung vorsätzlich zugefügt wurde, nicht aber die Absicht eine lebensgefährliche Verletzung zu verüben. Läßt sich aber die Art der Behandlung als eine gefährliche nur bestimmen in Rücksicht auf die Folgen, die sie, abgesehen vom concreten Falle, leicht, oft, in der Regel nach sich zieht, so folgt daraus, daß sie zugleich eine solche ist und sein muß deren gefährliche Folgen als mögliche vorauszusehen sind, und die Strafbestimmung des § 223a wird nur dann anwendbar sein, wenn die Behandlung an sich so beschaffen war, daß der Thäter die Möglichkeit lebensgefährlicher Folgen vorhergesehen hat oder doch vorhersehen konnte. Ohne Zweifel kann eine Behandlung die regelmäßig als eine durchaus ungefährliche erscheint, vermöge der Individualität des Verletzten, seiner nicht vorherzusehenden anomalen Körperbeschaffenheit, eine gefährliche Verletzung zur Folge haben. Würde dann die Gefährlichkeit der Behandlung nach den Folgen bestimmt die sie im concreten Falle hatte, nicht nach denen die sie voraussichtlich leicht haben konnte, so würde dies gegen die Fassung des Gesetzes verstoßen und die Folge haben, daß in solchen Fällen die schwerere Strafe vom Zufalle, nicht von der höheren Schuld des Thäters abhängig gemacht wird. Die schwerere Strafe findet ihre Rechtfertigung nur darin, daß der Thäter eine Art der Behandlung wählte, von der er vorhersehen konnte, daß sie möglicherweise das Leben gefährden werde[2]).

---

1) So Meves und Oppenhoff a. a. O. Vgl. Geyer a. a. O. S. 374.

2) Schwarze a. a. O. hebt ganz richtig hervor, daß nur die Art der Behandlung, nicht deren Folgen entscheiden, und das kann nur heißen, daß die Gefährlichkeit der Behandlung in abstracto nicht in concreto entscheidend ist. Dem widerspricht es, wenn er im G.-Saal 1876 S. 384 die Behandlung als eine gefährdende auch dann betrachtet, wenn die Gefahr in der besondern Individualität begründet ist. Wird die Gefährlichkeit der Behandlung taxirt nach der Bedeutung die sie im concreten Falle hat, dann entscheidet aber nicht mehr die Art der Behandlung, sondern ihre Wirkung im concreten Falle. Uebereinstimmend mit der Ansicht, daß, wo das Gesetz eine schwerere Strafe

Digitized by Google

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt in allen Fällen des § 223a Gefängnißstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bis zu eintausend Mark ein[1]). Bei der Strafzumessung werden besonders die Schuldmomente in Betracht zu ziehen sein, die das Gesetz bei der Unterscheidung seiner Strafsatzungen nicht berücksichtigt hat, die verschiedene Gestaltung der Absicht, die Frage ob der Thäter vom Verletzten provocirt worden war, ob er mit Ueberlegung handelte oder nicht.

Entsprechend der Fassung des § 223a wurde durch die Novelle von 1876 auch die Fassung von § 367 Nr. 10 dahin geändert, daß die Erwähnung der Schuß-, Stich- und Hiebwaffen beseitigt und statt dessen mit Geldstrafe bis zu einhundert fünfzig Mark oder Haft bedroht wurde, wer bei einer Schlägerei, in welcher er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist, oder bei einem Angriffe sich einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges bedient.

§ 28. Als eine schwere Körperverletzung bezeichnet das Gesetz[2]) 1) diejenige, welche zur Folge hat, daß der Verletzte ein wichtiges Glied des Körpers verliert[3]). Als verloren kann ein Glied des Körpers jedenfalls nur bezeichnet werden, wofern es vom Körper getrennt, nicht schon dann, wenn es zur Ausübung seiner Functionen unbrauchbar wurde, und dies um so weniger, als eine derartige Verletzung in der Regel unter den Gesichtspunkt der Läh-

---

von gewissen Folgen eines an sich strafbaren, vorsätzlichen Thuns abhängig macht, nur diese Folgen entscheiden, nicht die Frage ob sie zur Schuld zuzurechnen sind, wird auch in Betreff des § 223a allseitig angenommen, daß es nur auf die Gefährlichkeit der Behandlung, nicht darauf ankomme, ob der Thäter sie gekannt hat oder erkennen konnte. Oppenhoff Nr. 6. 8. Meves a. a. O. Olshausen § 223a Nr. 12, auch Geyer a. a. O., obwohl er es tadelt. Zimmerle Nr. 45—47. Rsprch. II S. 68. 271. Dagegen H. Meyer S. 436.

1) Strfgb. § 228.

2) Strfgb. § 224. Vgl. §§ 221. 227. 229. 239.

3) Es ist diese Bestimmung an die Stelle der in den früheren deutsch. Strfgb., so auch im preußischen, als schwere Verletzung erwähnten Verstümmelung getreten. Ueber das Schwankende des Begriffes Verstümmelung und seine Auslegung in der Praxis Berner im G.-Saal 1866 S. 283 f. Wedderkop in Goltd. Arch. XVII S. 406 f. Verlust eines wichtigen Gliedes statt Verstümmelung wurde auf Grund des Gutachtens der Deputation für das Mediz.-Wesen in den Entwurf aufgenommen. Erörterung strafr. Fragen aus dem Gebiete der gerichtl. Medizin S. 36.

Digitized by Google

mung oder Entstellung fallen würde[1]). Dem Ermessen des Richters bleibt es überlassen zu bestimmen, welches Glied als wichtig anzusehen sei, eine Unbestimmtheit die durch gesetzliche Bezeichnung der wichtigen Glieder füglich zu beseitigen gewesen wäre[2]). Als wichtig wird sich allerdings das Glied bezeichnen lassen, ohne das eine wesentliche Function des Körpers sich nicht in vollem Maße ausüben läßt[3]), aber es ist damit die Unbestimmtheit des Ausdruckes nicht irgend vermindert. Im Sinne des Gesetzes wird die Wichtigkeit des Gliedes nur in allgemeiner Weise, ohne Rücksicht auf die Individualität des Verletzten, und die Bedeutung die das verlorene Glied gerade für ihn vermöge seines Standes, seiner Berufsthätigkeit hatte, zu bestimmen sein[4]). Sofern das Glied an sich ein wichtiges ist, würde es nicht ausgeschlossen sein bei der Strafzumessung es zu berücksichtigen, wenn der Thäter mit der Absicht den Verletzten zu seiner Berufsthätigkeit unfähig zu machen gehandelt hätte.

2) Die Verletzung durch welche der Verletzte das Sehvermögen auf einem oder beiden Augen, das Gehör, die Sprache oder die Zeugungsfähigkeit verlor. Auch hier wird der Verlust, nicht bloß die Schwächung der betreffenden Functionen gefordert, mit dem Unterschiede, daß in Betreff des Gehöres der Verlust des Gehörsinnes, nicht bloß Taubheit auf einem Ohre gefordert wird, in Betreff des Gesichtssinnes, Verlust des Sehvermögens auf einem Auge genügt[5]).

3) Die Verletzung, durch welche der Verletzte in erheblicher Weise dauernd entstellt ist, eine Bestimmung die sich an die in den meisten deutschen Strafgesetzbüchern erwähnte Verunstaltung anschließt, obwohl das preußische Strafgesetzbuch die in den Entwürfen angeführte Verunstaltung beseitigt hatte. Ob die Entstellung eine

---

1) Rsprch. II S. 514. IV S. 189. Pezold § 224 Nr. 3. Rubo § 224 Nr. 4. Geyer a. a. O. III S. 541. Olshausen § 224 Nr. 4. Dagegen Oppenhoff § 224 Nr. 3. Schwarze § 224 Nr. 2.

3) Ein Zeichen für diese Unbestimmtheit ist es, daß Rubo a. a. O. den Verlust eines Armes, einer Hand nicht als den eines wichtigen Gliedes betrachtet. Vgl. Casper-Liman Handbch. S. 298 und Liman in Holtzdff. Hdbch. III S. 477. Geyer im G.-Saal 1874 S. 286.

3) So Oppenhoff § 224 Nr. 2.

4) Schwarze, Oppenhoff a. a. O. Geyer in Holtzdff. Hdbch. III S. 540.

5) Oppenhoff § 224 Nr. 4. 4a. Schwarze § 224 Nr. 3—6. Geyer a. a. O. S. 537. Liman a. a. O. S. 479 f. Berner a. a. O. S. 280.

Digitized by Google

dauernde nicht wieder zu beseitigende sei, wird sich in der Regel leicht feststellen lassen, um so schwieriger ist dagegen die Beantwortung der Frage was, abgesehen von dem Verluste eines wichtigen Gliedes, als eine erhebliche Entstellung anzusehen ist[1]).

4) Die Verursachung von Siechthum oder Lähmung. Unter Siechthum ist, auch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, ein unheilbarer oder doch lang dauernder Krankheitszustand zu verstehen, der eine allgemeine Schwäche und Hinfälligkeit des Organismus und Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit zur Folge hat[2]). Als Lähmung wird eine jede andauernde Unfähigkeit einen bestimmten Bewegungsapparat des Körpers zu den Bewegungen zu gebrauchen, zu denen er von Natur bestimmt ist[3]), anzusehen sein.

5) Die Verursachung einer Geisteskrankheit. Als solche wird eine vorübergehende Betäubung oder ein Fieberdelirien erzeugender Krankheitszustand nicht bezeichnet werden können, wogegen die Dauer der Geisteskrankheit, die Frage ob sie als unheilbar zu betrachten sei, indifferent ist[4]).

Die Strafe der schweren Körperverletzung ist Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängniß nicht unter einem Jahre. Sind mildernde Umstände vorhanden so ist die Strafe Gefängniß nicht unter einem Monat[5]). Hat die vorsätzliche Körperverletzung eine vom Gesetz als schwer bezeichnete Folge nach sich gezogen, so wird

1) Es ist diese Bestimmung, für deren entsprechende Handhabung sich unmöglich irgend eine feste Norm angeben läßt, in den I. Entwurf nach dem Vorschlage der wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen aufgenommen worden, mit dem Unterschiede, daß diese statt der erheblichen eine widerwärtige Entstellung forderte. Vgl. über Verunstaltung Berner a. a. O. S. 284. Casper in Goltd. Arch. V S. 279. Webderkop ebenda XVII S. 410. Geyer a. a. O. III S. 542. Schwarze § 224 Nr. 7. 8.

2) Vgl. Definition des sächs. Landes-Mediz.-Collegiums bei Schwarze § 224 Nr. 9. Liman in Holtzdff. Hdbch. III S. 481. Geyer ebenda III S. 539. IV. S. 375. Pezold § 224 Nr. 6. 7.

3) So Gutachten der preuß. wissenschftl. Deputation, bestritten von dem sächs. Mediz. Collegium, Schwarze § 224 Nr. 10. Geyer a. a. O. III S. 541. IV S. 375.

4) Mit Recht ist das deutsch. Strfgb. gleich dem preuß. dem Beispiele anderer, die bei der Geisteskrankheit unterschieden ob Wahrscheinlichkeit der Wiederherstellung vorhanden sei oder nicht, nicht gefolgt. Vgl. Berner a. a. O. S. 289. Geyer a. a. O. III S. 536 und im G.-Saal 1874 S. 294 f. Goltd. Arch. XV S. 679. Skrzeczka in Holtzdff. Hdbch. II S. 219 f. Herbst in Goltd. Arch. XXVI S. 29.

5) Strfgb. § 228.

Digitized by Google

diese gewiß in der Regel auch als eine verschuldete erscheinen, aber es darf die Frage ob die schwere Folge als verschuldet zuzurechnen sei, gleichwohl nicht, wie es regelmäßig geschieht, als indifferent betrachtet werden[1]). Tritt der seltene Ausnahmefall ein, daß die schwere Folge, weil sie unter den gegebenen Umständen nicht vorhergesehen werden konnte, als eine zufällige zu betrachten ist, so wird sie auch als eine schwere nicht gestraft werden können.

Vorausgesetzt bei der Strafe des § 224 wird aber, daß die schwere Folge, wenn auch verschuldet, so doch nicht beabsichtigt war, denn Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren trifft denjenigen, der die eingetretene, schwere Folge der vorsätzlichen Verletzung als solche beabsichtigt hatte[2]). Für diesen Fall ist auch die Annahme mildernder Umstände ausgeschlossen[3]). Mit dieser im preußischen Strafgesetzbuche nicht enthaltenen Strafbestimmung erledigt sich zugleich die frühere Streitfrage ob es einen strafbaren Versuch der schweren Körperverletzung gebe[4]). Von einem Versuche der nach § 224 zu strafenden schweren Verletzung kann nicht die Rede sein, weil § 224 die Absicht eine schwere Verletzung zuzufügen ausschließt, dagegen unbedenklich von einem strafbaren Versuche der nach § 225 zu strafenden schweren Verletzung.

§ 29. Als den schwersten Fall der Körperverletzung behandelt das Gesetz den, in welchem die vorsätzliche Verletzung den nicht beabsichtigten Tod des Verletzten zur Folge hat[5]). Wenn auch in diesem Falle nur der Erfolg, nicht die mögliche Verschiedenheit der Willensbestimmung als entscheidend betrachtet wird, so umfaßt diese Strafsatzung Fälle von sehr weit reichender Schuldverschiedenheit, denn es gehört, wenn der Tod die Folge war, hierher ebenso der Fall, daß der Thäter in Folge erlittener Provocation im Affecte eine einfache Mißhandlung verübt, wie der Fall, daß er mit Ueberlegung und absichtlich eine schwere Verletzung mit dem Bewußtsein

---

1) Vgl. oben Bd. I S. 326 f.

2) Strfgb. § 225.

3) Es beruht dies, wie Thomsen im G.-Saal 1878 S. 91 f. zeigt, auf einem Redactionsfehler.

4) Vgl. Hälschner System II S. 153. Weil der Thatbestand der schweren Körperverletzung eine auf diese gerichtete Absicht nicht erfordere, wurde die Möglichkeit des Versuches geleugnet, Goltd. Arch. I S. 572. Dalke ebenda VI S. 449, wobei unbeachtet blieb, daß der Thatbestand eine auf schwere Verletzung gerichtete Absicht doch nicht ausschloß.

5) Strfgb. § 226.

Digitized by Google

der Möglichkeit eines tödtlichen Ausganges, zufügte. Dem entsprechend ist für die Strafzumessung dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum gewährt, indem die Strafe Zuchthaus von drei bis fünfzehn Jahren oder Gefängniß von drei bis zu fünf Jahren ist, und falls mildernde Umstände vorhanden sind Gefängniß nicht unter drei Monaten[1]). Aber auch die vorsätzliche Körperverletzung mit tödtlichem Ausgange hat nicht bloß den ursächlichen Zusammenhang der Verletzung und des Todes, sondern auch dies zur Voraussetzung, daß die Tödtung als verschuldet zuzurechnen ist[2]).

§ 30. Als ein eigenthümliches Delict behandelt das deutsche Strafgesetzbuch die Vergiftung[3]), aber, abweichend von den älteren gemeinrechtlichen Quellen wie den meisten der neueren deutschen Strafgesetzbücher, welche die vorsätzliche Tödtung mittelst Gift auszeichneten, und im Anschlusse an das preußische Strafgesetzbuch, die Vergiftung nur insofern sie in der Absicht die Gesundheit zu beschädigen verübt wird.

Die Vergiftung erscheint also als ein gesetzlich ausgezeichneter Fall der strafbaren Angriffe auf die Gesundheit, und zwar ausgezeichnet sowohl durch abweichende Normirung des Thatbestandes, als durch erhöhte Strafe[4]). Es erfordert der Thatbestand des Verbrechens 1) daß Jemandem Gift oder andere Stoffe, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, beigebracht wurden. Obwohl es unmöglich ist eine feste Begriffsbestimmung des Giftes zu geben, hat das Gesetz das Wort Gift festgehalten, darum weil der herrschende Sprachgebrauch unbedenklich gewisse Stoffe als Gift bezeichnet, und weil gerade die Stoffe über deren Bezeichnung als Gift kein Zweifel besteht, am häufigsten zur Verübung des Verbrechens benutzt werden. Weil aber nicht der Name Gift, sondern

---

1) Strfgb. § 228.

2) Dagegen auch hier die Praxis, Schwarze § 226 Nr. 1. Oppenhoff § 226 Nr. 1. Pezold § 226 Nr. 1. Ebenso Geyer a. a. O. III S. 544. v. Liszt S. 238.

3) Ueber das Verbrechen der Vergiftung, insbesondre auch in geschichtlicher Entwickelung Gengler Die strafrechtl. Lehre vom Verbrechen der Vergiftung. Hälschner Syst. II S. 160 f. Mittermaier in Goltd. Arch. IV S. 433 f. 577 f. 721 f. V S. 145 f. Berner im G.-Saal 1867. S. 7 f. Skrzeczka in Strafrztg. 1866 S. 253 f. Lion in Goltd. Arch XIV S. 797 f. Liman in Holtzdff. Hdbch. III S. 498 f.

4) Vgl. Motive z. II Entwf. zu § 224 und das Gutachten in den Erörterungen strafr. Fragen aus dem Gebiete der gerichtl. Medizin.

Digitized by Google

die eigenthümliche Wirksamkeit dieser Stoffe von entscheidender Bedeutung ist, so wurden andere mit dem Gifte in der Wirksamkeit übereinkommende Stoffe, die gewöhnlich nicht als Gift bezeichnet werden, diesem gleich gestellt[1]). Es wird also die Bedeutung des Giftes dadurch erläutert, daß ihm andere zur Zerstörung der Gesundheit geeignete Stoffe gleichgestellt werden, und daraus wird man folgern müssen, daß für das Gift wie die andern Stoffe nur ihre die Gesundheit zerstörende Eigenschaft entscheidend ist, nicht aber die besondere Art, in welcher sie zerstörend wirken[2]).

Der Thatbestand erfordert 2), daß der betreffende Stoff vorsätzlich und in der Absicht die Gesundheit zu beschädigen[3]) beigebracht,

---

1) Goltd. Mat. II S. 426. Ebenso hatten schon die Strfgb. von Würtemberg, Baden, Hessen dem Gifte andere die Gesundheit zerstörende Stoffe gleichgestellt.

2) Aus der Gleichstellung des Giftes und der andern Stoffe ist gefolgert worden, daß damit das Gesetz einerseits das Gift näher als die Gesundheit zerstörend, andrerseits die andern Stoffe als in gleicher Weise wie das Gift chemisch-dynamisch wirkend bezeichnet habe, wonach Stoffe die durch ihre Form und Schwere mechanisch wirken als ausgeschlossen zu betrachten seien, Goltd. Mat. II S. 429. Hälschner Syst. II S. 167. Skrzeczka a. a. O. S. 259. Oppenhoff § 229 Nr. 4. Schwarze § 229 Nr. 6. Rüdorff § 229 Nr. 3. Aus dem im Texte angeführten Grunde kann diese Auffassung nicht als richtig angesehen werden. Vgl. Geyer a. a. O. III S. 562. Puchelt § 229 Nr. 1. H. Meyer S. 446. Olshausen § 229 Nr. 2.

3) Selbstverständlich ist die Absicht zu tödten ausgeschlossen. Wäre die Absicht auf schwere Körperverletzung gerichtet, so würde § 225 anwendbar sein. Schwarze § 229 Nr. 3. 7. Oppenhoff § 229 Nr. 5. 6. Geyer a. a. O. S. 562. Dalke a. a. O. Olshausen § 229 Nr. 6. Dagegen Binding Normen II S. 519 und v. Liszt S. 242, welche eine vorsätzliche Lebensgefährdung, qualificirt durch die Absicht mittelst Gifts eine Körperverletzung zu bewirken, fordern.

Für den Fall, daß Tödtung beabsichtigt war, nehmen H. Meyer S. 447. Oppenhoff § 229 Nr. 6. Schwarze § 229 Nr. 3. Dalke a. a. O. Olshausen § 229 Nr. 9. Idealconcurrenz von vorsätzlicher Tödtung und Vergiftung an. Wer mittelst Gift vorsätzlich tödtet ist sich gewiß dessen bewußt, daß er die Gesundheit zerstört, beabsichtigt sie auch als Mittel der Tödtung, schließt sie aber von seiner Endabsicht aus, weil er eben nicht nur sie, sondern den Tod als Erfolg seiner Handlung beabsichtigt. Binding Normen S. 520. Der Giftmörder hat aber sicher nur ein Verbrechen verübt, nicht zwei concurrirende, widrigenfalls auch bei anders verübten Morden Idealconcurrenz von Tödtung und Körperverletzung angenommen werden müßte. Hier wie so oft wird immer noch Idealconcurrenz und bloße Gesetzesconcurrenz nicht klar geschieden.

Digitized by Google

nicht aber, daß Beschädigung oder Zerstörung der Gesundheit erfolgt sei. Es handelt sich also um den Versuch einer Gesundheitsbeschädigung, der in solcher Weise unternommen vom Gesetze als eigenthümliches vollendetes Delict behandelt wird. Damit ergiebt sich von selbst, daß der Thäter den beigebrachten Stoff als einen solchen, der die Gesundheit zu zerstören geeignet ist, gekannt haben muß. Hierbei kommt in Betracht, daß es kein absolutes Gift, keinen Stoff giebt, der nur um seiner Qualität willen, und abgesehen von seiner Quantität und den Umständen des concreten Falles, geeignet wäre die Gesundheit zu zerstören. Liegt aber ein wesentlicher Grund für die gesetzliche Auszeichnung der Vergiftung gerade darin, daß der Thäter, abgesehen von jedem Erfolge der That, schon darum gestraft werden soll, weil er den fraglichen Stoff mit dem Bewußtsein beibrachte die im concreten Falle gegebenen Bedingungen seiner Wirksamkeit und den Erfolg der That im voraus nicht ermessen zu können, darum mit dem Bewußtsein die Gesundheit eines Menschen zu gefährden, so wird bei Beantwortung der Frage, ob der beigebrachte Stoff geeignet war die Gesundheit zu zerstören, zwar von den Umständen des concreten Falles abzusehen sein, aber es wird jedenfalls das Quantum festgestellt werden müssen in welchen der Stoff als Gift, als geeignet zur Zerstörung der Gesundheit eines Menschen, bezeichnet werden kann[1]).

3) Das Beibringen des Stoffes erfordert, daß er irgendwie, sei es durch Mund und Magen, oder durch Einspritzen, Einathmen, in den Organismus eingeführt wurde[2]), wobei nicht vorausgesetzt wird, daß dies, wie bei dem Giftmorde regelmäßig angenommen wurde, in heimlicher, listiger Weise geschehe.

Die Strafe der Vergiftung, die mit der Beibringung des geeigneten Stoffes vollendet erscheint, ist Zuchthaus bis zu zehn Jahren, und wenn diese Strafe sowohl dann Anwendung findet, wenn die Vergiftung erfolglos blieb, wie wenn sie eine Gesundheitsbeschädigung nach sich zog, so wird immerhin bei der Strafzumessung auf diesen Unterschied Rücksicht zu nehmen sein. Hat die Vergiftung eine schwere Körperverletzung zur Folge gehabt, so ist die Strafe Zuchthaus nicht unter fünf Jahren, und wenn der Tod des Ver-

---

1) Hälschner Syst. II S. 168. Goltd. Arch. X S. 528 f., ebenda XXIII S. 527. Schwarze § 229 Nr. 5. Oppenhoff § 229 Nr. 3.

2) Geyer a. a. O. S. 563. Oppenhoff § 229 Nr. 7. Schwarze § 229 Nr. 8. H. Meyer S. 446. Olshausen § 229 Nr. 5.

Digitized by Google

gifteten verursacht wurde, Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliches.

Bestritten ist die Frage ob es einen strafbaren Versuch des Verbrechens der Vergiftung giebt[1]). Von einem nach § 229 zu beurtheilenden Versuche durch Gift einen Menschen zu tödten kann nicht die Rede sein, da hier vorausgesetzt wird, daß der Tod nicht beabsichtigt war. Hiervon abgesehen steht der Möglichkeit eines strafbaren Versuches der Vergiftung nicht entgegen, daß ein solcher da nicht angenommen werden dürfe, wo das Gesetz eine That, die an sich Versuchshandlung ist, als vollendetes Verbrechen behandelt, denn dieser Grundsatz kann volle Anwendung nur finden, wo das Gesetz den Versuch seinem ganzen Umfange nach in das vollendete Verbrechen aufgenommen hat, und wo deshalb vor dem vollendeten Verbrechen nur noch straflose Vorbereitungshandlungen liegen, nicht aber, wenn das Gesetz nur eine bestimmte Versuchshandlung, hier das Beibringen von Gift, in das vollendete Verbrechen hineinzieht, während vor demselben noch andere den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Versuchshandlungen, hier die mißlungene Beibringung von Gift, so wie das Beibringen von Gift in einer Quantität in der es die Gesundheit zu zerstören nicht geeignet ist, oder auch das Beibringen eines unschädlichen irrthümlich für Gift gehaltenen Stoffes, liegen bleiben. Der in der Absicht die Gesundheit zu beschädigen unternommene und mißlungene Versuch Gift beizubringen wird darum unbedenklich nach dem ersten Absatz des § 229 zu strafen sein. Von einem strafbaren Versuche durch Gift eine schwere Körperverletzung zu verursachen wird dagegen nicht füglich die Rede sein können[2]), denn wenn der seltene Ausnahmefall sich ereignen

---

1) Es wird geleugnet von Dalke in Goltd. Arch. VI S. 450. Schwarze § 229 Nr. 4. Dagegen Hübeler in Goltd. Arch. X S. 158 f. Oppenhoff § 229 Nr. 10. Rubo § 229 Nr. 4. Berner im G.-Saal 1867 S. 14. Geyer a. a. O. III S. 562. IV S. 384. Olshausen § 229 Nr. 8. Wächter S. 346. H. Meyer S. 446.

2) Unrichtig ist es einen solchen Versuch für undenkbar deshalb zu erklären, weil zum Thatbestande des Verbrechens eine auf schwere Verletzung gerichtete Absicht nicht gefordert werde. So Oppenhoff § 229 Nr. 10. Olshausen § 229 Nr. 8. Wird solche Absicht nicht gefordert so doch auch nicht ausgeschlossen, und die Möglichkeit, daß Jemand in solcher Absicht Gift beizubringen versucht, ist nicht ausgeschlossen. Aber es wird nicht bloß der Beweis solcher Absicht schwer sein, sondern es lassen sich auch die Umstände nicht füglich denken, unter denen diese Absicht in der Handlung selbst in die Er-

Digitized by Google

sollte, daß der Thäter wirklich einen bestimmten schweren Erfolg, etwa Verursachung von Siechthum, beabsichtigt, so ist nicht wohl einzusehen wie das mißlungene Unternehmen geeignet sein könnte nicht bloß die Absicht zu vergiften, sondern die auf den schweren Erfolg gerichtete Absicht zur erkennbaren Darstellung zu bringen.

Streitig ist ferner die Frage ob der Thäter, wenn er das Gift beigebracht hat, auf Grund des § 46 straflos zu lassen ist, wenn er jeden schädlichen Erfolg durch eigene Thätigkeit abwendete[1]). Allerdings bezieht sich § 46 nur auf den Versuch und nicht auf das vollendete Delict, aber es hört das in § 229 bezeichnete Verbrechen darum nicht auf ein versuchtes zu sein, weil das Gesetz sich veranlaßt fand den in solcher Weise unternommenen Versuch der Gesundheitsbeschädigung durch erhöhte Strafe auszuzeichnen, und ihn insoweit als eigenthümliches vollendetes Delict zu behandeln. Eben darum wird auch auf ihn § 46 Nr. 2 um so mehr angewandt werden müssen, als im andern Falle sich eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Ungerechtigkeit ergeben würde.

§ 31. Der Theilnehmer an dem Vergehen oder Verbrechen der Körperverletzung ist in allen Fällen nach den allgemeinen Bestimmungen über die Theilnahme zu beurtheilen. Wenn das Strafgesetzbuch[2]) gleichwohl noch besondere Bestimmungen über die Körperverletzung und Tödtung im s. g. Raufhandel enthält, so ist zunächst daran fest zu halten, daß sich dieselben nicht auf die Theilnahme im technischen Sinne beziehen. Ein Bedürfniß für solche Bestimmungen liegt theils darin, daß bei Schlägereien und Raufhändeln es meist sehr schwierig ist die Art der Theilnahme jedes einzelnen Betheiligten festzustellen, zugleich aber auch sehr bedenklich, überall wo ein solcher Beweis nicht geführt werden kann, Strafloſigkeit eintreten zu lassen, theils darin, daß gerade in solchen Fällen oft auch ein Verhältniß wirklicher Theilnahme ganz fehlt, indem nur eine gleichzeitige, im übrigen aber selbständige Thätigkeit vieler Einzelnen vorliegt[3]). Dem entsprechend bestimmt das

---

scheinung treten könnte. Für die Möglichkeit eines solchen Versuches Geyer a. a. O. III S. 563. Schütze S. 404.

1) Gegen die Anwendbarkeit Oppenhoff § 229 Nr. 8. Geyer a. a. O. S. 563. H. Meyer S. 447. Schütze S. 404. Dafür Schwarze § 229 Nr. 4.

2) § 227.

3) Es ist durchaus unzulässig, wegen solcher Gründe Strafbestimmungen aufzustellen, die darauf abzielen, nach dem Vorbilde der Carolina 148 eine Bestrafung auf Grund von Präsumtionen da möglich zu machen, wo der Be-

Digitized by Google

Gesetz, daß, wenn bei einer Schlägerei oder einem von Mehreren verübten Angriffe der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht worden ist, jeder, welcher sich an der Schlägerei oder dem Angriffe betheiligt hat, schon wegen dieser Betheiligung mit Gefängniß bis zu drei Jahren zu bestrafen ist, falls er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen wurde.

Die Bestrafung nach § 227 setzt also in negativer Beziehung voraus, daß dem Schuldigen mehr als eine Betheilung bei der Schlägerei oder dem Angriffe und etwa die Zufügung einer leichten Verletzung nicht nachzuweisen sei, da wenn Mord, Todtschlag, schwere Körperverletzung oder Theilnahme an diesen Verbrechen nachgewiesen ist, nur wegen dieser Verbrechen, nicht aber noch wegen einer mit ihnen concurrirenden Betheiligung an der Schlägerei zu strafen ist[1]). In positiver Beziehung wird Betheiligung an der Schlägerei oder dem Angriffe[2]) gefordert, die in der Verübung von Thätlichkeiten, aber auch in der Unterstützung, Förderung anderer Betheiligten bestehen kann[3]), sofern sie nicht nachweisbar als Theilnahme an

---

weis der Schuld nicht geführt werden kann, wie dies die Strfgb. von Altenbg., Würtbg., Hannov., Hessen, Baden gethan hatten. Anders Braunschwg., dem Preußen, Sachsen, Bayern 1861, Lübeck gefolgt sind, indem hier Betheiligung am Raufhandel an sich bestraft wird, für die zugefügten Verletzungen wie für die Theilnahme aber die gewöhnlichen Strafbestimmungen zur Anwendung kommen. Vgl. John Entwf. S. 478. Berner im G.-Saal 1866 S. 306 f. Geyer a. a. O. S. 552.

1) Daß durch § 227 die Anwendung der auf vorsätzliche Tödtung, schwere Verletzung und Theilnahme an diesen Verbrechen bezüglichen Gesetze nicht ausgeschlossen wird, versteht sich von selbst und deshalb wurde die dahin gehende ausdrückliche Bestimmung des preuß. Strfgb. im deutsch. Strfgb. als überflüssig weggelassen. Der Betheiligte der sich eines solchen Verbrechens schuldig machte, hat sich eben nur dieses Verbrechens und nicht, wie es immer noch hier wie in andern Fällen der Gesetzesconcurrenz ausgedrückt wird, Oppenhoff § 227 Nr. 1, Olshausen § 227 Nr. 14, des ideell mit ihm concurrirenden Vergehens der Betheiligung schuldig gemacht. Schwarze § 229 Nr. 1. 2.

2) Ueber die Bedeutung der Schlägerei, des von Mehreren verübten Angriffs vgl. Temme Lehrbch. S. 864. Geyer a. a. O. S. 553. Oppenhoff § 229 Nr. 4. 5. 5a. Schwarze § 227 Nr. 3. 4. 5. Olshausen § 227 Nr. 3—5.

3) Als betheiligt wird man auch den betrachten dürfen, der den Angegriffenen festhält, Hilfe abwehrt, durch Zuruf anfeuert, Geyer a. a. O. Oppenhoff § 227 Nr. 9—11. Schwarze § 227 Nr. 15. Rsprch. III S. 626, aber es wird, wenn schwere Verletzung oder Tödtung stattgefunden

Digitized by Google

der von Andern verübten Körperverletzung oder Tödtung erscheint. Dem entsprechend wird auch die nur auf Betheiligung gerichtete Absicht vorausgesetzt, da mit der erweislichen Absicht zu tödten verübte Thätlichkeiten als Tödtungsversuche erscheinen würden. Der bei einer Schlägerei Betheiligte ist straflos, wenn er ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist, also insbesondere der von Anderen thätlich Angegriffene, sofern er sich abwehrend verhält, was dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß er in der Lage Nothwehr zu üben selbst Verletzungen Anderen zufügt, wohl aber dadurch, daß er in Folge schuldhafter Betheiligung in die Lage kam Nothwehr zu üben. Straflos ist ebenso der Andere schützend, vertheidigend, Frieden stiftend Betheiligte[1]).

Die bei der Schlägerei, dem Angriffe Betheiligten sind nach § 227 strafbar, wofern der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht wurde. Vorausgesetzt wird also, daß der Tod, die schwere Verletzung von Betheiligten, sollten sie auch nicht ermittelt werden können, verursacht wurde[2]), weiter aber auch, daß denjenigen die nach § 227 als Betheiligte gestraft werden sollen, eine Verschuldung in Betreff des Todes, der Verletzung nicht zur Last fällt, oder doch nicht nachgewiesen werden kann. Ihre Strafbarkeit beruht daher nicht auf einer präsumirten Verschuldung, sondern nur auf dem Ungehorsam gegen das Gesetz, das in Rück-

---

hat, oft schwierig sein zu unterscheiden ob solche Hilfsleistung nur als Betheiligung oder als Beihilfe zum Verbrechen anzusehen ist. Jedenfalls kann bloße Anwesenheit bei der Schlägerei als Betheiligung, wie angenommen worden ist, nicht angesehen werden, Oppenhoff § 227 Nr. 9. Geyer a. a. O. S. 553. Ebensowenig kann der bei der Schlägerei nicht anwesende und mitwirkende Anstifter, Gehilfe, als betheiligt betrachtet werden, wie Rubo § 227 Nr. 5 in Rücksicht auf § 63, der von Theilnahme im technischen Sinne handelt, aunimmt.

1) Geyer a. a. O. S. 554. Entsch. III S. 236. Oppenhoff § 227 Nr. 15—18. Schwarze § 227 Nr. 13. 16. Olshausen § 227 Nr. 12. Wer sich bei einem von Mehreren verübten Angriffe betheiligt, kann nie schuldlos erscheinen, dagegen Rubo § 227 Nr. 7. Schütze S. 398. Olshausen § 227 Nr. 9.

2) Erscheint der Erfolg als zufällig, in dem Sinne, daß er durch keinen Betheiligten verursacht ist, so ist die Anwendbarkeit des § 227 ausgeschlossen, Schwarze § 227 Nr. 8. Oppenhoff § 229 Nr. 14. Dagegen ist nicht erforderlich, daß die Verletzung, Tödtung von einem Betheiligten verschuldet sei, und § 227 findet auch dann Anwendung, wenn sie als Act der Nothwehr straflos ist. Olshausen § 227 Nr. 6.

Digitized by Google

sicht auf die leicht möglichen Folgen, die Betheiligung an Schlägereien und Angriffen verbietet.

§ 32. Ist der bei einer Schlägerei oder einem von Mehreren verübten Angriffe verursachte Tod eines Menschen oder die verursachte schwere Körperverletzung mehreren Verletzungen zuzuschreiben, welche diesen Erfolg nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammentreffen herbeigeführt haben, so ist Jeder, welchem eine dieser Verletzungen zur Last fällt, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren[1]), und wenn mildernde Umstände vorhanden sind, mit Gefängniß nicht unter einem Monat zu strafen[2]). Es bezieht sich diese Strafbestimmung also auf die bei einer Schlägerei, einem Angriffe Betheiligten, die mit der Absicht eine Verletzung zuzufügen thätig waren und nachweislich eine Verletzung zugefügt haben[3]). Dagegen wird in Bezug auf jeden dieser Betheiligten vorausgesetzt, daß er den Erfolg in dem Maße und der Gestalt, in welcher er eintrat weder beabsichtigt noch auch durch seine besondre Thätigkeit verursachte, daß dieser Erfolg vielmehr nur das Ergebniß der Gesammtheit der mehreren Verletzungen sei. In Rücksicht hierauf ist die Strafe, wenn der Tod die Folge war, eine geringere als in dem Falle wo diese Folge aus der Thätigkeit nur eines Schuldigen hervorgeht, wogegen es ein durch das richterliche Ermessen möglichst zu corrigirende Inconsequenz des Gesetzes ist, daß für den Fall der schweren Verletzung hier die im Maximum gleiche, im Minimum sogar schwerere Strafe gedroht ist, wie da, wo sie nur Einem zur Last fällt[4]). Aus der Strafbestimmung selbst ergiebt sich die auch hier geltende Voraussetzung, daß die in solcher Weise zu strafenden Betheiligten nicht in dem Verhältniß von Theilnehmern, Mitthätern, gestanden haben[5]), denn unter solcher Voraussetzung würde jeden Mitthäter

---

1) § 227 Absatz 2.

2) § 228.

3) Jeder der betreffenden Betheiligten muß der vorsätzlichen Körperverletzung schuldig sein, Oppenhoff § 227 Nr. 20, und fahrlässige Verletzung genügt nicht, dagegen Rubo § 227 Nr. 9. Olshausen § 227 Nr. 17. Eine Fahrlässigkeit fällt ihnen freilich insoweit zur Last, als sie den eingetretenen Erfolg zwar verschuldet aber nicht beabsichtigt haben.

4) Abgesehen von den mildernden Umständen die in beiden Fällen die gleiche Folge haben, ist die schwere Verletzung nach § 224 Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängniß nicht unter einem Jahre, nach § 227 Abs. 2 in allen Fällen nur Zuchthaus bis zu fünf Jahren.

5) Olshausen § 227 Nr. 17.

Digitized by Google

im Falle der Tödtung die Strafe des § 226 treffen, während die geringere Strafe sich dadurch rechtfertigt, daß jeder Einzelne zu nächst nur nach dem Maße seiner eignen Thätigkeit beurtheilt wird, wobei aber seine Verschuldung dadurch erhöht erscheint, daß er die Verletzung unter Umständen zufügte, wo er wissen konnte, daß sie leicht schwerere als die von ihm beabsichtigten Folgen nach sich ziehen könne.

§ 33. Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines Anderen verursacht wird mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft[1]). Da das Gesetz hier nicht wie bei der vorsätzlichen Körperverletzung in Rücksicht auf den Erfolg verschiedene Strafen bestimmt hat, so bleibt es dem Richter überlassen bei der Strafzumessung insbesondere den Erfolg zu berücksichtigen. Hierbei kommt in Betracht einerseits, daß von fahrlässigen Mißhandlungen darum nicht die Rede sein kann, weil der Begriff der Mißhandlung die Vorsätzlichkeit fordert[2]), andrerseits, daß eine fahrlässige Verletzung die den Tod zur Folge hat, nicht als Körperverletzung, sondern als fahrlässige Tödtung zu strafen ist.

Die Strafe kann auf drei Jahre Gefängniß erhöht werden, wofern der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, eine Bestimmung ganz entsprechend der des § 222, der unter der gleichen Voraussetzung die fahrlässige Tödtung mit erhöhter Strafe bedroht[3]).

§ 34. In allen Fällen der Körperverletzung[4]) d. h. in allen den Fällen, welche in dem die Körperverletzungen behandelnden Abschnitte des Strafgesetzbuches erwähnt sind, nicht aber in den Fällen, in denen die Körperverletzung nur als Moment im Thatbestande eines anderen Delictes erscheint[5]), kann auf Verlangen des Ver-

---

1) Strfgb. § 230.

2) Herbst a. a. O. S. 31. Geyer a. a. O. S. 534. Schwarze § 230 Nr. 7. Dagegen Olshausen § 230 Nr. 1.

3) Vgl. oben S. 26 und Geyer a. a. O. III S. 545. IV S. 376. Berner im G.-Saal 1867 S. 22. Pezold § 230 Nr. 3—6. Zimmerle § 230 Nr. 7–22.

4) Strfgb. § 231.

5) Zu den in §§ 223—230 erwähnten Körperverletzungen gehören natürlich auch die an anderer Stelle erwähnten sofern das Gesetz, wie in § 207, rücksichtlich ihrer Bestrafung auf jene Strafsatzungen verweist. Im Sinne des

Digitized by Google

letzten neben der Strafe auf eine an denselben zu erlegende Buße bis zum Betrage von sechstausend Mark erkannt werden. Die Auferlegung einer Buße setzt also voraus 1) daß der Thäter einer Körperverletzung schuldig erkannt worden ist, nicht nothwendig auch dies, daß ihm die Strafe der Körperverletzung auferlegt wird, denn wenn er der Körperverletzung in s. g. idealer Concurrenz mit einem schwereren Delicte schuldig befunden, nach § 73 nur in die Strafe dieses letzteren verurtheilt wird, so ist damit die Auferlegung einer Buße nicht ausgeschlossen[1]). Sie setzt 2) vermöge ihrer rechtlichen Natur als Schadensersatz aber auch voraus, daß der Verletzte einen Schaden erlitten habe[2]). Hiernach kann demjenigen, der nach § 229 wegen Vergiftung verurtheilt wurde, eine Buße nicht auferlegt werden, falls dies beigebrachte Gift ohne jeden schädlichen Erfolg blieb[3]). Daraus folgt aber nicht, daß bei einem Versuche der Körperverletzung niemals Buße auferlegt werden könnte, da der Versuch einer schweren Körperverletzung sehr wohl eine Beschädigung zur Folge gehabt haben kann[4]). 3) Die Buße kann nur dem auferlegt werden, der wegen verübter Körperverletzung als Thäter oder Theilnehmer verurtheilt wurde, nicht demjenigen der nach § 227 nur wegen Betheiligung an einer Schlägerei oder einem Angriffe zu bestrafen ist[5]), eben darum weil er sich einer Körperverletzung

---

§ 231 kann aber Buße nur gefordert und zuerkannt werden, wenn es sich um Bestrafung des Delictes der Körperletzung handelt, nicht aber, wie Wächter: Die Buße S. 49 f. annimmt, auch da, wo es sich um Bestrafung eines anderen Delictes handelt, in dessen Thatbestand die Körperverletzung als erschwerender Umstand erscheint. Oppenhoff § 231 Nr. 1. Schwarze § 231 Nr. 1. 2. Stenglein im G.-Saal 1872 S. 343. Herzog ebenda 1875 S. 193.

1) Stenglein a. a. O. S. 344. Oppenhoff § 231 Nr. 1. Herzog a. a. O. S. 197. Dagegen Merkel in Holtzdff. Hdbch. IV S. 229. Nur dann würde in solchem Falle auf Buße nicht erkannt werden dürfen, wenn die Buße eine Nebenstrafe wäre. Noch weniger kann es zweifelhaft sein, daß neben einer Gesammtstrafe auf Buße zu erkennen ist.

2) Vgl. oben Bd. I S. 603.

3) Schwarze § 231 Nr. 1. Geyer a. a. O. III S. 550. Schütze S. 404. Dagegen Oppenhoff § 231 Nr. 3. Herzog a. a. O. S. 343, indem sie der Buße zugleich die Bedeutung eines Schmerzensgeldes beilegen.

4) Oppenhoff § 231 Nr. 2. Wächter a. a. O. S. 48. Herzog a. a. O. S. 198. Dagegen Stenglein a. a. O. S. 345.

5) Dagegen Schwarze § 231 Nr. 1. Oppenhoff § 231 Nr. 1. Herzog a. a. O. S. 194. Olshausen § 231 Nr. 4. Zimmerle § 231.

Digitized by Google

und dadurch verursachten Beschädigung nicht schuldig gemacht hat. Mehrere zur Buße verurtheilte Theilnehmer haften für dieselbe als Gesammtschuldner. Unbedenklich wird diese Bestimmung aber auch dann maßgebend sein, wenn Mehrere wegen einer durch sie verursachten fahrlässigen Körperverletzung verurtheilt sind und ihnen Buße auferlegt wurde[1]).

§ 35. Wenn leichte Körperverletzungen mit solchen, Beleidigungen mit leichten Körperverletzungen oder letztere mit ersteren auf der Stelle erwidert werden, so ist der Richter ermächtigt für beide Angeschuldigte oder für einen derselben eine der Art oder dem Maße nach mildere Strafe oder überhaupt keine Strafe eintreten zu lassen[2]).

Die Compensation wechselseitiger Beleidigungen, wie sie das ältere gemeine Recht von jeher kannte, hatte ihren guten Grund, sofern es sich bei der Injurienklage um wechselseitige Geldforderungen handelte. Die gemeinrechtliche Praxis ging aber schon seit Carpzow darüber hinaus, indem sie die Compensation auch auf die öffentliche Strafe ausdehnte, und trotz dagegen erhobenen Widerspruches, hielt auch die neuere Gesetzgebung zum Theil daran fest[3]). Das preußische Strafgesetzbuch hatte, wie andere[4]), bei wechselseitiger Beleidigung eine Compensation zugelassen, und obwohl eine Compensation öffentlicher Strafen an sich gewiß unzulässig ist, ließen sich für dieselbe doch, wenn nicht sie rechtfertigende, so erklärende und entschuldigende Gründe anführen[5]), so auf Seiten des zuerst Beleidigten die Provocation und die im Affecte verübte Er-

---

Nr. 2. Die Betheiligung an einer Schlägerei ist doch nicht Körperverletzung, und wenn sie nur gestraft wird, falls die Schlägerei eine schwere Verletzung zur Folge hatte, so ist doch nicht einzusehen wie derjenige ersatzpflichtig sein soll, der keine Beschädigung zufügte. Auch die Motive z. II Entwf. § 225 sprechen nur von einer den Theilnehmern an einer Körperverletzung aufzulegenden Buße.

1) Oppenhoff § 231 Nr. 6. Dagegen Schwarze § 231 Nr. 7. Olshausen § 231 Nr. 1.

2) Strfgb. § 233.

3) Vgl. Hälschner System II S. 282. Köstlin Abhandl. S. 82 f.

4) So das hessische, nassauische, bayerische 1861, lübische Strfgb.

5) Vgl. von Buri Abhandlungen aus dem Strafrechte 1862 S. 90 f. Marcinowski in Goltd. Arch. XIII S. 247 f. Goltd. Mat. II S. 322. Dochow in Holtzdf. Hdbch. III S. 370. Binding Normen I S. 21. Schütze S. 370. 401. Schwarze § 199 Nr. 1. Nur darauf sollte man sich nicht, wie H. Meyer S. 404, berufen, daß hier das öffentliche Interesse zurücktrete



Digitized by Google

widerung der Beleidigung, auf Seiten des ersten Beleidigers die Billigkeitsrücksicht, daß er eine Beleidigung erlitt die straflos blieb oder mit gemilderter Strafe belegt wurde. Weil das preußische Strafgesetzbuch die thätliche Beleidigung aufgegeben hatte, und jede gegen den Körper gerichtete Thätlichkeit als Körperverletzung behandelte, so ließ es Compensation nicht bloß bei wechselseitigen Beleidigungen sondern auch Mißhandlungen und leichten Körperverletzungen zu. Dem ist das deutsche Strafgesetzbuch gefolgt, obwohl hier die leichte Körperverletzung, vermöge der Beseitigung der Zwischenstufe der erheblichen Verletzungen, eine weiter reichende Bedeutung hat als im preußischen. Um so bedenklicher erscheint die Zulässigkeit der Compensation, für die ein Bedürfniß auch darum nicht anerkannt werden kann, weil das Gesetz die Möglichkeit offen läßt, all die Momente die etwa für Zulässigkeit der Compensation anzuführen sind, bei der Strafzumessung in genügendem Maße zu berücksichtigen[1]).

Die Voraussetzung einer solchen Compensation[2]) ist, daß leichte Körperverletzungen mit solchen oder mit Beleidigungen, oder Beleidigungen mit leichten Körperverletzungen erwidert wurden, und es ergiebt sich damit zunächst die Frage, welche Verletzungen im Sinne des § 233 als leichte zu betrachten sind. Das Gesetz kennt den Unterschied leichter und schwerer Verletzungen nur insofern es sich um vorsätzliche Verletzungen handelt, während hier von leichten Verletzungen schlechthin die Rede ist. Es gehören daher zu den leichten jedenfalls die nach § 223 zu strafenden, da aber § 233 nicht vorsätzliche leichte Verletzungen fordert, so kann er nur dahin gedeutet werden, daß hier der durch den Erfolg bedingte Unterschied der leichten und schweren Verletzungen auch auf die fahrlässigen aus-

---

1) Vgl. die betreffenden Ausführungen Geyer's im G.-Saal 1874 S. 321 f.

2) Es handelt sich um Compensation, und man sollte es vermeiden, wie es gewöhnlich geschieht, von Retorsion zu sprechen. Die Retorsion des Völkerrechts, vgl. Bulmerincq in Holtzdff. Rs.-Lex. s. v. Retorsion, hat zur Voraussetzung, daß Gleiches mit Gleichem vergolten wird, daß der Staat das ihn treffende unbillige Verfahren eines andern Staates durch das gleiche oder möglichst gleiche erwiedere. Hier aber ist die Voraussetzung durchaus nicht die, daß die erlittene Verletzung und die Schuld auf beiden Seiten die gleiche sei, vielmehr giebt das Gesetz zu erkennen, daß es den möglichen Fall berücksichtigt, in welchem auf der einen Seite ein durch die Compensation nicht zu tilgender Ueberschuß von Schuld und Strafbarkeit vorliegt.

Digitized by Google

gedehnt worden ist, und zu den leichten auch die fahrlässigen Verletzungen gehören die nicht einen in § 224 bezeichneten Erfolg gehabt haben[1]). Ferner aber gehören zu den leichten Verletzungen auch nicht die nach § 223a zu strafenden gefährlichen, welche durch die Novelle von 1876 von den leichten ausgeschieden sind und auch in § 232 von den leichten unterschieden werden[2]). Die Erwiderung muß, wenn sie berücksichtigt werden soll, weil das Handeln im Affecte vorausgesetzt wird, sofort nach erlittener Beleidigung oder Verletzung stattgefunden haben.

Der Richter ist ermächtigt je nach Lage der Sache den einen oder den andern Angeschuldigten oder beide trotz der Verurtheilung straflos zu lassen, oder auf eine der Art oder dem Maße nach mildere Strafe zu erkennen. Er kann daher bis auf das allgemein bestimmte gesetzliche Minimum der Strafart herabgehen, kann aber auch eine mildere Strafart wählen, also Haft oder Geldstrafe erkennen[3]).

§ 36. In Uebereinstimmung mit allen früheren deutschen Strafgesetzbüchern behandelt das Reichsstrafgesetzbuch die leichteren Fälle der Körperverletzung als Antragsdelicte[4]). Hiernach tritt die Verfolgung leichter vorsätzlicher wie aller fahrlässiger Körperverletzungen nur auf Antrag ein, sofern nicht die fahrlässige Verletzung mit Vernachlässigung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen wurde. Als leichte vorsätzliche Verletzungen sind nur die nach § 223 zu strafenden zu betrachten, wie das Gesetz durch Anführung des § 223 ausdrücklich darauf hinweist, und es dürfen daher weder von den leichten Verletzungen im Sinne des Gesetzes irgend welche wegen der Erheblichkeit ihres Erfolges ausgeschlossen, noch auch die nach § 223a zu strafenden gefährlichen in sie eingeschlossen werden[5]). Auch der Fall der Vergiftung gehört nicht

---

1) Oppenhoff § 233 Nr. 1. Rüdorff § 233 Nr. 1. Olshausen § 233 Nr. 1. Dagegen Rubo § 233 Nr. 1, welcher alle fahrlässigen Verletzungen als leichte betrachtet.

2) Schwarze § 233 Nr. 2. Oppenhoff a. a. O. Olshausen a. a. O. Rsprch. I S. 23. Dagegen Rubo a. a. O., der auch die gefährlichen Verletzungen als leichte betrachtet.

3) Eine grundlose Beschränkung des Richters bei der Wahl der milderen Strafart bei Rubo § 233 Nr. 5. Vgl. dagegen Schwarze § 233 Nr. 5.

4) Strfgb. § 232.

5) Nicht alle nach § 223 zu strafenden Verletzungen, sondern nur die, welche keine erheblichen Folgen nach sich zogen, will Schimmelpfeng in Goltd.

Digitized by Google

zu den als Antragsdelict zu behandelnden leichten Verletzungen[1]), mag auch die Vergiftung nur eine leichte Verletzung verursacht haben oder erfolglos geblieben sein, weil das Gesetz zwar nicht um des Erfolges aber um anderer Gründe willen die Vergiftung als schweren Angriff auf die Gesundheit betrachtet. Die auf die Antragsberechtigung sich beziehenden Bestimmungen der §§ 195. 196. 198 finden auch hier Anwendung.

Nur in dem Falle, daß das Vergehen gegen einen Angehörigen verübt wurde, ist die Zurücknahme des Antrages bis zur Verkündigung eines auf Strafe lautenden Urtheils zulässig[2]).

---

Arch. XIX S. 432 als Antragsdelicte gelten lassen. Vgl. oben S. 66 darüber, daß die gefährlichen Verletzungen nicht Antragsdelicte sind. Meves S. 346. Fuchs im G.-Saal 1876 S. 589.

1) Schwarze § 232 Nr. 3. Oppenhoff § 232 Nr. 2, der sich darauf beruft, daß Vergiftung keine Verletzung voraussetzt. Aber leichte Verletzung durch Gift ist sehr wohl möglich und durch § 229 doch nicht ausgeschlossen. Für die Anwendbarkeit des § 232 auf Vergiftung Reber Die Antragsdelicte Nr. 21.

2) Vgl. Strfgb. § 64.

Digitized by Google

# Drittes Kapitel.
# Delicte gegen die persönliche Freiheit.

## Literatur.

Ueber die geschichtliche Entwickelung: Wächter im N. Arch. XI S. 685 f. XII S. 341 f. XIII S. 1 f. 195 f. 374 f. — Hälschner System II S. 173 f. Köstlin Abhandlungen S. 417 f. — John im Arch. 1854 S. 60 f. — Glaser Abhandlungen S. 24 f. — Bruck Zur Lehre von den Verbrechen gegen die Willensfreiheit S. 12 f.

Neuere Literatur: Tittmann Beiträge zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit. 1806. — Köstlin und Bruck a. a. O. — Villnow in Goltd. Arch. XXIV S. 104 f. — von Buri im Gerichts-Saal 1875 S. 517 f. — Wächter im Gerichts-Saal 1875. — Merkel in Holtzendorff's Rechts-Lexikon s. v. Menschenraub. — Hälschner im Gerichts-Saal 1883 S. 1 f.

## 1. Einleitung.

§ 37. Die gegen die Persönlichkeit gerichteten Verbrechen enthalten in den meisten Fällen zugleich einen der persönlichen Freiheit angethanen Zwang, entweder indem die Begehung des Delictes ein Bezwingen des widerstrebenden Willens als Mittel erfordert, oder indem die Person, im Widerspruche zu ihrer freien Selbstbestimmung, durch das gegen irgend welche sonstige Berechtigung gerichtete Delict in einen nicht gewollten Zustand versetzt wird. Selbst die nicht unmittelbar gegen die Persönlichkeit, sondern gegen Gesellschaft und Staat gerichteten Delicte werden vielfach mittelbar auch die persönliche Freiheit antasten. Gleichwohl kann auch die persönliche Freiheit an sich und als solche das eigenthümliche Object des Delictes bilden. Aber gerade der Umstand, daß der gegen die persönliche Freiheit gerichtete widerrechtliche Zwang so vielfach in andere Delicte übergeht, und daß die allein gegen sie gerichteten zu den seltneren Fällen gehören, erklärt es, daß überwiegend erst die neuere Doctrin und Gesetzgebung diese Delicte in der erforderlichen scharfen Begrenzung erfaßt haben.

Das deutsche Strafgesetzbuch hat, in allem Wesentlichen dem preußischen folgend, unter der Ueberschrift: Verbrechen und Ver-

Digitized by Google

gehen wider die persönliche Freiheit, eine Reihe strafbarer Handlungen zusammengestellt, welche zum Theil als besondere Arten der rechtswidrigen Freiheitsbeschränkung erscheinen, zum Theil wie die Fälle der Entführung, nicht hierher gehören, weil sie überhaupt keinen Angriff auf die Freiheit enthalten, oder weil, soweit dies der Fall ist, doch ihr eigenthümlicher Charakter durch ein anderes mit der Freiheitsbeschränkung concurrirendes Moment bestimmt wird. Dagegen hat das Gesetz von diesem Abschnitte alle Fälle eines rechtswidrigen Zwanges gegen die persönliche Freiheit, die sich als eine Störung der rechtlichen Ordnung der Gesellschaft und des Staates darstellen, ausgeschlossen.

### 2. Nöthigung und Bedrohung.

§ 38. Als die einfachste und allgemeinste Form der strafbaren Freiheitsbeschränkung erscheint die Nöthigung, ein in äußerlicher Anknüpfung an das crimen vis von der Doctrin gebildeter von der neueren Gesetzgebung recipirter Begriff.

Die Nöthigung richtet sich gegen die persönliche Freiheit d. h. gegen die Bethätigung des Willens mittelst leiblicher Bewegungen, sei es, daß solche Bewegungen verhindert oder erzwungen werden sollen, nicht aber gegen die Freiheit des Willens an sich, um diesen in einen Zustand der Unfreiheit, der Unzurechnungsfähigkeit zu versetzen[1]).

Das Gesetz[2]) fordert zum Thatbestande der Nöthigung

1) daß Jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genöthigt worden sei. Abweichend vom preußischen Strafgesetzbuche, das nur von einem Zwange zum Handeln oder Unterlassen sprach, ist hier noch das Dulden hinzugefügt, das nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, wie auch nach dem des Gesetzes, allerdings oft nur ein an besondere Voraussetzungen geknüpftes Unterlassen be-

---

1) Geyer a. a. O. III S. 568. IV S. 388. H. Meyer S. 454. Binding Normen S. 525. von Buri im G.-Saal 1875 S. 518. Mit Recht wird es darum als ein ungenauer, unrichtiger Ausdruck getadelt, wenn die Willensfreiheit als Object der Nöthigung bezeichnet wird. Wo er gebraucht wurde, war damit immer nur die persönliche Freiheit im angegebenen Sinne gemeint, wogegen Bruck a. a. O. S. 3. 48 f. von den Verletzungen der Willensfreiheit durch Verhinderung der Ausführung des Willens, Verletzung durch Störung oder Aufhebung der Willensfähigkeit unterscheiden will. Dagegen Geyer a. a. O.

2) Strfgb. § 240.

Digitized by Google

zeichnet. Man spricht von einem Dulden dann, wenn Jemand etwas aus irgend einem Grunde geschehen läßt, das er zu verhindern oder dem er wenigstens zu widerstreben vermöchte[1]). Wird also nicht selten ein Unterlassen auch als Dulden bezeichnet, so kommt doch weiter in Betracht, daß das Unterlassen immer nur entweder ein rein passives Verhalten des Willens bezeichnet, und ein derartiges Unterlassen kommt bei der Nöthigung nicht in Betracht, oder eine negative Handlung die eine Willensentscheidung voraussetzt, ein Willensact ist. Was man überhaupt nicht vermag, kann man weder wollen noch unterlassen[2]), man kann wünschen, daß es geschieht oder nicht geschieht, aber man kann nicht unterlassen es zu verhindern, man kann nur dulden, daß es geschieht. Das Dulden in diesem Sinne unterscheidet sich also von dem Unterlassen dadurch, daß jenes das Ergebniß eines Müssens, dieses das eines Wollens ist[3]).

2) Das Mittel der Nöthigung besteht in Gewalt oder Drohung, indem das deutsche Strafgesetzbuch, abweichend vom preußischen das nur von Drohung spricht, zu der in der Doctrin und früheren Gesetzgebung herrschenden Auffassung der Nöthigung zurückgekehrt ist.

Wenn das Gesetz Gewalt und Drohung unterscheidet, so fällt dieser Unterschied nicht zusammen mit dem der physischen Gewalt und der durch lediglich psychische Einwirkung verübten vis compulsiva, denn die Drohung kann auch mittelst Anwendung physischer Gewalt geübt werden, sofern es nämlich geschieht um dem Angegriffenen die Ernstlichkeit der auf fortgesetzte und gesteigerte Gewaltübung gerichteten Drohung zur Anschauung zu bringen.

---

1) In diesem Sinne spricht § 176 von der durch gefährliche Drohung veranlaßten Duldung unzüchtiger Handlungen. Daß es sich um Erdulden eines Schmerzes handelt ist nicht, wie Olshausen § 176 Nr. 5 annimmt, das Wesentliche, denn auch der duldet, der im eignen Interesse geschehen läßt, was zu verhindern er verpflichtet ist.

2) Der Blinde unterläßt nicht das Sehen, sondern er duldet seine Blindheit, der Gefangene unterläßt es nicht sich in Freiheit zu bewegen, sondern erduldet seine Unfreiheit.

3) Der gegen das Dulden regelmäßig erhobene Einwand, daß den Handlungen nur Unterlassungen gegenüber stehen, ein Dulden als Drittes aber logisch nicht denkbar sei, so Geyer a. a. O. S. 574. Bruck a. a. O. S. 55. Binding Normen II S. 525. H. Meyer S. 457. Olshausen § 176 Nr. 5. § 240 Nr. 2 kann darum nicht als richtig anerkannt werden. Vgl. dagegen Billnow in Goltd. Arch. XXIV S. 122. John Ztschrft. f. St.-R.-W. I S. 243. Katz im G.-Saal 1879 S. 428 Hälschner a. a. O. S. 7.

Digitized by Google

In solchem Falle erscheint die Gewaltübung selbst als Bedrohung, und eben deshalb kann hier als Gewalt im Sinne des Gesetzes nur vis absoluta verstanden werden[1]). Eine solche liegt vor, wenn der Angegriffene geschehen lassen mußte was der Angreifer wollte, weil er es zu verhindern nicht vermochte, und eben in solchem Falle wird das erzwungene Geschehenlassen richtig als ein Dulden zu bezeichnen sein[2]).

Kann aber, mit Ausscheidung der nur als vis compulsiva wirkenden physischen Gewalt, hier als Gewalt nur die vis absoluta betrachtet werden, so hat sie auch als solche hier noch eine eigenthümliche und weitere Bedeutung als da, wo das Gesetz von Ge-

---

1) Es ist ein Nachklang der Nöthigung im Sinne des preuß. Strfgb., wenn Gewalt als Mittel der Nöthigung nur dann betrachtet wird, falls mittelst derselben vis compulsiva geübt wird, so das preuß. Ob.-Trib. Pezold § 240 Nr. 4. Rüdorff § 240 Nr. 4. Oppenhoff § 240 Nr. 1. Meves S. 207. v. Liszt S. 251. John Ztschrft. f. St.-R.-W. I S. 244. Verstände das Gesetz unter Gewalt nur die als vis compulsiva wirkende physische Gewalt, so wäre es sprachlich nicht zu rechtfertigen von Gewalt oder Drohung zu reden, und es wäre kein Grund vorhanden gewesen von der Fassung des preuß. Strfgb. abzuweichen. Wanjeck in Goltd. Arch. XXVII S. 194 f. bezeichnet als Gewalt die gegenwärtige, durch sich selbst wirkende physische Kraft. Dahin rechnet er die als vis absoluta wirkende Gewalt, will aber in Betreff der nicht als vis absoluta wirkenden weiter unterscheiden, ob die physische Gewalt durch ihre Verwirklichung, oder als eine weitere Uebel in Aussicht stellende vis compulsiva gewirkt habe. Als eine Gewalt der ersteren Art bezeichnet er die Nöthigung des Vaters durch Mißhandlung des Sohnes, und übersieht, daß der Vater nicht durch die bereits zugefügten, durch seine Nachgiebigkeit nicht mehr zu tilgenden, sondern nur durch die Furcht vor drohenden weiteren Mißhandlungen bestimmt wird. Vgl. dagegen Geyer a. a. O. III S. 575. Billnow in Goltd. Arch. XXIV S. 196. Herbst ebenda XXVI S. 43. v. Buri im G.-Saal 1881 S. 415. Olshausen § 240 Nr. 3. Wenn das deutsche Strfgb. abweichend vom preuß. zur Drohung die Gewalt hinzugefügt hat, so nur darum, weil ausgesprochen werden sollte, daß die Nöthigung auch durch vis absoluta verübt werden könne. Selbstverständlich hindert dies nicht von Gewaltübung auch dann zu reden, wenn die physische Gewalt zum Zwecke der Bedrohung angewandt wurde. Vgl. Hälschner a. a. O. S. 8.

2) v. Buri im G.-Saal 1881 S. 416. Es würde freilich correcter gewesen sein zu sagen: wer durch Gewalt zu einer Duldung oder durch Bedrohung zu einer Handlung oder Unterlassung nöthigt u. s. w., aber die nicht völlig correcte, immerhin verständliche Fassung des Gesetzes rechtfertigt nicht die Schlußfolgerung John's a. a. O. S. 243, daß unter Gewalt nur vis compulsiva zu verstehen sei, um so weniger als auch dann die Fassung vermöge des „oder" incorrect sein würde.

Digitized by Google

walt gegen eine Person spricht, oder neben der Gewalt und Drohung auch noch der List als Mittel der Zwangsübung gegen die persönliche Freiheit gedenkt. Wesentlich ist für die Nöthigung, sofern sie nicht mittelst Drohung verübt wird, nur dies, daß der Genöthigte in einen Zustand des Duldenmüssens versetzt wurde. Dies kann geschehen dadurch, daß der Genöthigte, durch die gegen seinen Körper gerichtete physische Gewalt überwältigt, unfähig gemacht ist, seinen Willen zu bethätigen[1]), aber wenn man auch im gewöhnlichen Leben nur ein gewisses höheres Maß mechanisch wirkender Kraft als Gewalt bezeichnen wird, so kommt es doch bei der Nöthigung nicht auf Gewalt in diesem Sinne, sondern nur auf den unwiderstehlichen Zwang an[2]), der dem Willen des Genöthigten angethan wird, und dies kann durch eine sehr verschiedenartige und auch eine solche Thätigkeit geschehen, die man für gewöhnlich nicht als Gewalt bezeichnen wird. Insofern unter Gewalt der Zwang verstanden wird, der gegen die persönliche Freiheit geübt wird, richtet sich dieselbe in allen Fällen der Nöthigung gegen die Person des Genöthigten, insofern aber Gewalt die Thätigkeit bezeichnet aus der sich das Duldenmüssen des Genöthigten ergiebt[3]), kann sie sich ebenso wie gegen die Person, so auch gegen Sachen richten[4]), wo-

---

1) Hierauf beschränkt die Gewalt Schütze S. 410.

2) Freilich spricht § 240 nicht wie § 52 von unwiderstehlicher Gewalt, aber daraus folgt nicht, daß hier eine andere Gewalt gemeint sei, denn zwischen der als vis compulsiva und der als vis absoluta, als unwiderstehlich wirkenden Gewalt, giebt es nicht noch ein Mittelding, wie Wächter Deutsch. Strafr. S. 357 ein solches annimmt und dahin die durch thatsächliche Mißhandlung geübte vis compulsiva rechnet, die er der vis absoluta gleichstellt.

3) Daß beide Bedeutungen des Wortes Gewalt gewöhnlich nicht klar unterschieden werden, ist die Ursache vieler Mißverständnisse. Daß, wie Schwarze § 253 Nr. 4 sagt, überall wo das Gesetz von Gewalt spricht, nur Gewalt gegen die Person gemeint, darum der Zusatz „gegen die Person" überflüssig sei, ist unrichtig, weil zwar überall der Zwang gegen die Person gerichtet ist, nicht aber nothwendig auch die als Gewalt bezeichnete, die Zwangslage des Genöthigten herbeiführende Thätigkeit. Vgl. Hälschner a. a. O. S. 14.

4) Der II Entwf. und die Motive § 235 sprechen allerdings nur von Gewalt „gegen einen Andern" und schließen damit die Gewalt an Sachen aus, aber die vom Reichstage beschlossene Fassung hat diese Beschränkung beseitigt. Vgl. v. Buri im G.-Saal 1878 Beilg. S. 17. Wanjeck in Goltd. Arch. XXVII S. 196. v. Liszt S. 251. Olshausen § 240 Nr. 3. 6. Rsprch. II S. 698. IV S. 858. Gegen die Gewalt an Sachen Bruck a. a. O. S. 55. Meves S. 207. H. Meyer S. 456. Wächter Deutsch. Strafr.

Digitized by Google

fern nur auf diesem Wege ein Zustand des Duldenmüssens des Genöthigten herbeigeführt wird. Selbst ein listiges Benehmen durch das Jemand in den Zustand des Duldenmüssens versetzt wird, ist als eine durch Gewalt verübte Nöthigung zu betrachten[1]).

Die vis compulsiva fordert eine den Willen des Genöthigten motivirende Einwirkung, vermöge deren er, um ein größeres Uebel abzuwenden, sich zu einem ihm widerstrebenden Handeln oder Unterlassen entschließt. Auch der durch die Drohung verübte Zwang richtet sich immer gegen die Person des Genöthigten, wogegen die Drohung selbst sich unmittelbar auch gegen eine andere Person richten kann, wofern nur der Thäter dabei voraussetzt, daß sich der zu Nöthigende durch solche Drohung werde bestimmen lassen, oder daß der Bedrohte auf ihn einen bestimmenden Einfluß ausüben werde[2]).

3) Die Nöthigung muß eine widerrechtliche sein, denn es giebt selbstverständlich Fälle berechtigter, darum nicht strafbarer Nöthigung. Streitig ist aber die Frage unter welchen Voraussetzungen die Nöthigung als widerrechtlich zu betrachten sei.

Daraus, daß die Nöthigung für strafbar erklärt ist um der freien Bethätigung des Willens den entsprechenden strafrechtlichen Schutz zu gewähren[3]), kann nicht gefolgert werden, daß das Gesetz

---

S. 357 und im G.-Saal 1875 S. 163, dessen Behauptung, daß Gewalt im Sinne des Gesetzes immer Gewalt gegen die Person sei, Gewalt an Sachen aber als Gewaltthätigkeit bezeichnet werde, sich schon dadurch widerlegt, daß § 124 und 125 von Gewaltthätigkeit an Personen oder Sachen spricht.

1) Dagegen Schwarze § 240 Nr. 1. Allerdings ist listiges Benehmen eine Thätigkeit die man nicht als Gewaltübung bezeichnen kann, aber nicht darauf, sondern nur auf die Frage kommt es an, ob List geeignet sei Zwang gegen den Willen zu üben. Als Mittel der Zwangsübung erkennt das Gesetz die List ausdrücklich an, und da ein Zwang nur als vis absoluta, Gewalt, oder vis compulsiva, Drohung, erscheinen kann, so wird die List doch nur zur Gewalt gerechnet werden können.

2) Oppenhoff § 240 Nr. 4. § 48 Nr. 30. Schwarze § 240 Nr. 6. Meves S. 207. Geyer a. a. O. S. 576. Olshausen § 240 Nr. 5. Rsprch. III S. 317.

3) Dem steht nicht entgegen, wie v. Buri im G.-Saal 1875 S. 518 und G.-Saal 1881 S. 412 annimmt, daß widerrechtliche Nöthigung auch nicht gegen den Unzurechnungsfähigen geübt werden darf. Allerdings handelt es sich nicht nur um den Schutz des rechtlich verantwortlichen Willens, sondern darum, daß der Bethätigung des menschlichen Willens, gleichviel ob dem eines Zurechnungs- oder Unzurechnungsfähigen, nicht widerrechtlich ein Hinderniß

Digitized by Google

diesen Schutz nur dem der Rechtsordnung entsprechenden, niemals aber dem rechtswidrigen Willen habe gewähren wollen, und daß eben deshalb der Zwang widerrechtlich sei, sofern das was erzwungen werden soll widerrechtlich erscheint, berechtigt dagegen, sofern er sich gegen den widerrechtlichen Willen richte[1]), nur daß im letzteren Falle, wenn der Zwang mittelst einer strafbaren Handlung verübt werde, der Thäter allerdings zwar wegen dieses Delictes, nicht aber wegen Nöthigung zu strafen sei. Es ist die erste Voraussetzung aller rechtlichen Ordnung, daß auch zum Zwecke des Rechtes Zwang nur in der rechtlich zulässigen Form und Weise geübt werde, und wenn zwar das deutsche Strafgesetzbuch Eigenmacht, Selbsthilfe an sich nicht als strafbar betrachtet, so ist sie damit keineswegs als berechtigt erklärt, ist rechtswidrig, und es kann die mittelst solcher Eigenmacht geübte Nöthigung nicht um ihres rechtlichen Zweckes willen als berechtigt angesehen werden[2]). Das „widerrechtlich" des Gesetzes kann hiernach nicht lediglich und allein auf die Widerrechtlichkeit dessen was erzwungen wurde, bezogen werden.

Die Widerrechtlichkeit der Nöthigung ist aber ferner auch nicht bedingt durch die Beschaffenheit des Zwangsmittels. Als solche nennt das Gesetz Gewalt und Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen. Daß, wo die Nöthigung eine berechtigte ist, sie durch Anwendung von Gewalt nicht zu einer widerrechtlichen wird, ist selbstverständlich, aber sie wird es auch nicht durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen. Dagegen, daß solche Be-

---

bereitet werden soll. Wäre die Widerrechtlichkeit der Nöthigung abhängig von der des Erzwungenen, so würde die Nöthigung auch des Unzurechnungsfähigen berechtigt sein, wenn sie zum Schutze eines Rechtsgutes geübt wird, im andern Falle widerrechtlich.

1) So John in Ztschrft. f. St.-R.-W. I S. 222 f. Zimmermann im G.-Saal 1881. S. 600 und Bruck a. a. O. S. 57 f., aber mit der Beschränkung, daß er Nöthigung gegen die widerrechtliche aber nicht strafbare Willensbestimmung als unzulässig betrachtet.

2) Daß es, wie John annimmt, der gesunden Vernunft widerspräche, wenn das Strafgesetz erklärte: Ich will den der sich sein Recht verschafft strafen, weil er es sich in rechtswidriger Form zu verschaffen sucht, wird schwerlich zugegeben werden. Daß er es sich nicht in der Form einer strafbaren Handlung verschaffen darf, giebt John selbst zu, wie aber daraus folgen könnte, daß die Nöthigung berechtigt sei, wenn er es sich in der Form einer nicht strafbaren Rechtswidrigkeit verschafft, ist nicht einzusehen. Vgl. gegen John v. Buri a. a. O. S. 413. Kronecker in Ztschrft. f. St.-R.-W. III S. 638.

Digitized by Google

drohung unbedingt widerrechtlich sei und auch die Nöthigung zu einer widerrechtlichen mache[1]), kann freilich nicht eingewandt werden, daß das Gesetz nur eine objectiv als Verbrechen oder Vergehen sich darstellende Handlung, nicht aber eine solche meine die, wenn im concreten Falle verübt, als Verbrechen oder Vergehen zu strafen sein würde[2]), wohl aber dies, daß wo ein Recht zu nöthigen gegeben ist, zwar das berechtigte Maß der Zwangsübung eingehalten werden muß, daß aber die Bedrohung mit einem das Maß überschreitenden Zwange die Nöthigung dadurch noch nicht zu einer widerrechtlichen macht, daß die Verübung solchen Zwanges strafbar sein würde[3]).

Das Gesetz hat nicht die Absicht gehabt eine jede Nöthigung für widerrechtlich zu erklären, wofern sie durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen verübt wird, hat damit vielmehr der strafbaren Nöthigung in ganz anderer Beziehung eine Grenze ziehen wollen. Es ist von der criminal-politischen Erwägung ausgegangen, daß es Fälle widerrechtlicher Nöthigung geben kann, in denen in Rücksicht auf die Beschaffenheit der Drohung oder auch dessen was erzwungen werden soll, die Schuld eine so geringfügige ist, daß es nicht rathsam erscheine mit dem Strafgesetze einer übertriebenen Furchtsamkeit und Nachgiebigkeit zu Hilfe zu kommen[4]).

1) So Kronecker im G.-Saal 1880 S. 60 und a. a. O. John a. a. O. S. 225.

2) So Olshausen § 240 Nr. 7. v. Buri a. a. O. S. 411. Rsprch. IV S. 379. Allerdings spricht das Gesetz mehrfach, wie in § 56, 59, von strafbaren Handlungen, wo es nur objectiv als solche sich darstellende meint, aber doch nur da, wo sich zweifellos ergiebt, daß eine subjectiv schuldhafte und strafbare nicht gemeint ist. In § 240 kann als Verbrechen oder Vergehen nur die Handlung gemeint sein, die, wenn verübt, auch zu strafen sein würde. Rsprch. III S. 500. Entsch. VI S. 405.

3) v. Buri a. a. O. S. 413 f. Zimmermann ebenda S. 602. Soll, wer sich des Räubers füglich hätte dadurch erwehren können, daß er ihn mit dem Stocke niederschlug, wegen Nöthigung gestraft werden, weil er es vorzog, ihm mit der ungeladenen Pistole den Tod zu drohen? Sowohl bei Gewaltübung wie bei Drohung mit einem Verbrechen oder Vergehen kann die Nöthigung eine widerrechtliche wie rechtliche sein. Dem steht auch nicht entgegen § 241, wie John annimmt, denn Bedrohung mit einem Verbrechen unter Voraussetzung des Rechtes zu nöthigen, und Bedrohung mit einem Verbrechen ohne ein solches Recht und ohne Nöthigung sind ganz verschiedene Dinge. Dagegen Kronecker Ztschrft. f. St.-R.-W. a. a. O.

4) Glaser Abhandl. S. 112 f. Bemerk. z. Züricher Entwurf S. 86. Geyer a. a. O. S. 574.

Digitized by Google

Es mag sehr fraglich erscheinen ob das Gesetz in dieser Beziehung die richtige Grenze getroffen hat[1]), aber es fordert zum Thatbestande der strafbaren Nöthigung Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen[2]) nur um zu erklären, daß die widerrechtliche Nöthigung straflos bleiben soll, falls eine irgendwie anders geartete Handlung gedroht wird, nicht um eine jede durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen verübte als widerrechtlich zu bezeichnen.

Das Strafgesetz selbst giebt also auf die Frage, welche Nöthigung widerrechtlich sei, gar keine Antwort, und sie wird anderswo gesucht werden müssen. Das Gesetz geht von der Voraussetzung aus, daß die Nöthigung regelmäßig schon darum widerrechtlich sei, weil gegen die persönliche Freiheit Zwang geübt wurde, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit dessen was erzwungen wurde[3]), daß aber ausnahmsweise die Nöthigung eine nicht widerrechtliche sei, nämlich dann, wenn eine besondere Befugniß zu zwingen vorliegt. Ausgeschlossen von der widerrechtlichen Nöthigung ist daher die rechtlich gebotene oder zugelassene Ausübung eines Zwanges, insbesondere der durch Uebung civilrechtlich gestatteter Selbsthilfe und berechtigter Nothwehr geübte Zwang, so wie der als berechtigter Ausfluß einer Erziehungs-, Züchtigungs-, Hausgewalt erscheinende. Streitig ist aber die Frage, ob die Nöthigung nur dann als nicht widerrechtlich zu betrachten sei, wenn sie auf einem Rechte Zwang zu üben beruht oder auch noch in weiteren Fällen, denn nicht widerrechtlich ist allerdings nicht bloß die vom Rechtsgesetz als berechtigt anerkannte, sondern auch die erlaubte Handlung[4]).

Die Frage ob die zur Verhinderung einer strafbaren Handlung verübte Nöthigung rechtlich zulässig sei, wird sich in den meisten Fällen dadurch erledigen, daß der Nöthigende in der Lage war Nothwehr zu üben. Aber auch in solchen Fällen in denen die Voraussetzungen berechtigter Nothwehr, namentlich etwa der

---

1) Vgl. Geyer a. a. O. III S. 577. IV S. 392. v. Buri im G.-Saal 1875 S. 530. Binding Normen II S. 526. Glaser Abhdlg. S. 8. Kronecker a. a. O. S. 62.

2) Der Fassung des Gesetzes gegenüber wird es unmöglich zu rechtfertigen sein, daß, wie Zimmermann im G.-Saal 1881 S. 609 f. annimmt, die Drohung sehr geringer Vergehen ebenso wie Anwendung geringfügiger körperlicher Gewalt den Thatbestand der widerrechtlichen Nöthigung ausschließe.

3) Geyer a. a. O. S. 574. Oppenhoff § 240 Nr. 3. Schwarze § 240 Nr. 5. H. Meyer S. 457. Kronecker a. a. O. S. 57. Olshausen § 240 Nr. 7. Rsprch. I S. 9. 173. II S. 124. 698.

4) Zimmermann im G.-Saal 1881 S. 606.

Digitized by Google

gegenwärtige Angriff, mangelt, wird die gegen das strafbare Handeln oder Unterlassen gerichtete Nöthigung nicht als widerrechtlich zu betrachten sein, denn abgesehen davon, daß es ein seltsamer Widerspruch sein würde, wenn das Gesetz die Nöthigung das Strafbare zu unterlassen als an sich strafbar erklären wollte, wird schon daraus, daß die Verhinderung des Strafbaren für gewisse Fälle bei Strafe geboten ist, gefolgert werden dürfen, daß sie in anderen erlaubt, darum nicht widerrechtlich ist[1]). Wenn aber selbst da, wo ein gesetzlich anerkanntes Recht zu nöthigen geübt wird das rechtlich zulässige Maß des Zwanges nicht überschritten werden darf, so gewiß auch in diesem Falle. Aus der Bestimmung des § 139 wird darum nicht nur zu folgern sein, daß die Verhindernng des Strafbaren in allen Fällen erlaubt ist, sondern auch, daß sie regelmäßig nur auf dem hier bezeichneten Wege, mittelst Anzeige, stattfinden darf, mittelst Nöthigung ausnahmsweise nur dann, wenn die Verhinderung durch Anzeige unausführbar ist, und auch in diesem Falle wird die Nöthignng nur durch Drohung geübt werden dürfen, nicht durch Anwendung physischer Gewalt, denn ist diese in dem durch den Zweck geforderten Maße gesetzlich nur gestattet, sofern die Voraussetzungen der Nothwehr gegeben sind, so gewiß nicht wo diese fehlen [2]). Nicht widerrechtlich ist ferner zwar die Nöthigung insoweit das Civilrecht die Selbsthilfe gestattet, aber eben daraus folgt, daß sie in allen andern Fällen rechtswidrig ist, und daß sie, obwohl an sich nicht strafbar, als Nöthigung zu strafen ist, wenn sie mittelst Zwanges gegen die Willensfreiheit geübt wird[3]). Daß die Nöthigung zur Verhinderung einer nur unsittlichen Handlung[4]) oder wohl gar zur Vornahme einer sittlichen Handlung[5])

---

1) Geyer a. a. O. III S. 578. IV S. 393. Meves S. 210. Schütze S. 410. Bruck a. a. O. S. 57. Schwarze § 240 Nr. 11. John a. a. O. Goltd. Arch. IX S. 567. Dalke ebenda XVII S. 7. Rüdorff § 240 Nr. 5. Dagegen Oppenhoff § 240 Nr. 3. H. Meyer S. 457. Olshausen § 240 Nr. 8.

2) Dagegen Bruck a. a. O. S. 58 der die Nöthigung in dem „zur Aufhebung des verbrecherischen Willens erforderlichen Maße" für zulässig erachtet.

3) Geyer a. a. O. S. 391. Bruck a. a. O. S. 58. H. Meyer S. 457. Oppenhoff § 240 Nr. 3. Meves S. 207. Dagegen John a. a. O. S. 244.

4) Die Bruck S. 59 als berechtigt betrachtet. Vgl. auch Dalke in Goltd. Arch. XVII S. 8 f. Dagegen v. Buri im G.-Saal 1875 S. 531.

5) Die Zimmermann im G.-Saal 1881 S. 607 als unter Umständen berechtigt betrachtet.

Digitized by Google

nicht berechtigt, nicht erlaubt, darum in allen Fällen widerrechtlich und strafbar ist, ergiebt sich von selbst daraus, daß im andern Falle alle individuelle Freiheit, die, obwohl mit ihr die Möglichkeit des unsittlichen Handelns und Unterlassens gegeben ist, als eines der wichtigsten durch das Strafgesetz zu schützenden Rechtsgüter erscheint, der Vernichtung Preis gegeben sein würde.

Die Frage ob die Nöthigung eine widerrechtliche sei, ist hiernach unabhängig ebenso von der Frage ob das Erzwungene rechtlich oder rechtswidrig ist, wie von der Frage, welche Zwangsmittel angewandt wurden zu beantworten, und es ist darum unrichtig die Nöthigung als widerrechtlich zu bezeichnen, sofern sie entweder vermöge des Zwangsmittels oder vermöge des Zweckes widerrechtlich erscheint, eine Unterscheidung von Widerrechtlichkeit des Mittels und Zweckes die nur dann zulässig wäre, wenn eine Nöthigung zu Rechtswidrigem mittelst berechtigten Zwanges denkbar wäre[1]). Ist die Nöthigung rücksichtlich ihres Zweckes rechtlich zulässig, so ist auch das Zwangsmittel ein rechtliches, und ist der Zwang ein berechtigter so auch sicher der Zweck. Wird, wo die Nöthigung eine rechtlich zulässige ist, das rechtliche Maß des Zwanges überschritten, so wird darum die Nöthigung selbst nicht zu einer widerrechtlichen, wenn auch der Exceß zu strafen ist.

4) In Betreff der Willensbestimmung wird erfordert die Absicht des Thäters den Genöthigten wider seinen Willen zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen zu bestimmen, und selbstverständlich das die Schuld begründende Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit solcher Zwangsübung, nicht das Wissen davon, daß das Angedrohte als Verbrechen oder Vergehen strafbar ist[2]). Ebenso ist nicht erforderlich die Absicht, das Gedrohte zur Ausführung zu bringen und der erwiesene Mangel dieser Absicht würde die Strafbarkeit der verübten Nöthigung nicht ausschließen. Immerhin wird die

---

1) Das sächs. Strfgb. 261, dem sich Köstlin Abhdlg. S. 429. Berner S. 524. Schwarze § 240 Nr. 5 anschließen, unterscheidet Nöthigung durch widerrechtliche Gewalt oder Drohung, und Nöthigung durch Gewalt oder Drohung zu etwas Unrechtem oder Unsittlichem.

2) Binding a. a. O. S. 528. Schwarze § 240 Nr. 12. Oppenhoff § 240 Nr. 6. Olshausen § 240 Nr. 9. Dagegen v. Buri im G.-Saal 1878 Beilage S. 206. H. Meyer S. 457. Schuldhaft und widerrechtlich ist auch die Nöthigung mittelst Drohung einer anderen widerrechtlichen oder unsittlichen Handlung, wenn sie auch das Gesetz straflos läßt.

Digitized by Google

Drohung insofern eine ernstliche sein müssen, als sie vorsätzlich zum Zwecke der Nöthigung verübt wird[1]).

5) Vollendet ist die Nöthigung erst dann, wenn sie sich wirksam erwiesen, den Genöthigten zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen bestimmt hat[2]). Ob der Thäter seinen Zweck erreicht, ob das Thun oder Unterlassen in dem seiner Absicht entsprechenden Maße stattgefunden hat oder nicht, ist gleichgiltig, wofern nur der Genöthigte dahin gebracht wurde in irgend welchem Maße sich der Absicht des Thäters entsprechend zu verhalten. Hiernach erfordert die Vollendung der Nöthigung, wenn sie mittelst Drohung verübt wird, eine Mitwirkung des Genöthigten dadurch, daß er sich dem Willen des Thäters unterwirft, nicht aber dann, wenn sie mittelst gewalsamer Ueberwältigung geübt wird. Aber auch im letzteren Falle ist die Nöthigung erst mit der gelungenen Ueberwältigung vollendet, nicht schon mit Anwendung irgend welcher Gewaltthätigkeit, welcher der Angegriffene erfolgreichen Widerstand leistete[3]).

---

1) Geyer a. a. O. S. 576. H. Meyer S. 456. Schütze S. 410. Olshausen § 240 Nr. 5. Der Dolus ist ausgeschlossen, wenn die Drohung nicht einmal in diesem Sinne ernstlich gemeint war, er kann aber auch leicht fehlen wegen mangelnden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, namentlich wenn Zwang zur Verhinderung des Unsittlichen geübt wird. Daß Verhinderung des Selbstmordes nach der Strenge des Gesetzes widerrechtliche Nöthigung ist, wird der Laie schwerlich wissen.

2) Abweichend vom preußischen wie den meisten deutschen Strfgb. und der bisher in der Doctrin vorherrschenden Auffassung, wonach die Nöthigung mit Anwendung von Gewalt oder Drohung vollendet angesehen wurde, fordert das deutsch. Strfgb., wie früher schon das hess., bad., bayer., lüb., daß der Thäter den beabsichtigten Erfolg erreicht haben müsse, wie dies allerdings dem begrifflichen Wesen des vollendeten Delicts entspricht. Immerhin hat die entgegengesetzte Ansicht dies für sich, daß das Maß der Schuld bei der Bedrohung durch deren Beschaffenheit, nicht den Erfolg bedingt wird, da dieser von der Individualität des Bedrohten abhängig ist, und darum kein geeignetes Kriterium für das Maß des rechtswidrigen Zwanges und der Verschuldung bildet. Vgl. Luden Abhdlg. I S. 149. Abegg S. 278. Glaser Abhdlg. S. 220. Bemerk. z. Zürich. Entwf. S. 90. Hälschner Syst. II S. 180. Dagegen Geyer a. a. O. III S. 578. Binding Der Entwf. des norddeutsch. Strfgb. S. 79. Wächter Kritik d. Entwf. S. 131.

3) Dagegen betrachtet ganz grundlos Bruck a. a. O. S. 61 „jede Anwendung physischer Gewalt, wenn sie auch nur den Anfang der Ausführung der Zwangshandlung darstelle", als vollendete Nöthigung, demgemäß den Versuch der Nöthigung durch Gewalt undenkbar. Dagegen Geyer a. a. O. IV S. 393.

Digitized by Google

Die in der Absicht Jemanden zu nöthigen verübte Gewalt oder kundgegebene Drohung erscheint, wenn sie erfolglos blieb, als Versuch der Nöthigung, den das Gesetz für strafbar erklärt.

Durch die Novelle von 1876 ist der Nöthigung die Bedeutung eines Antragsdelictes besonders deshalb genommen worden, weil die Erfahrung gelehrt habe, daß die geübte Nöthigung fortwirkend den Genöthigten vom Strafantrage abhalte[1]).

Die Strafe der Nöthigung ist Gefängniß bis zu einem Jahre oder Geldstrafe bis zu sechshundert Mark.

Die Nöthigung zur Theilnahme an einer Vereinigung von Gewerbtreibenden oder Arbeitern zur Erlangung günstigerer Lohn- oder Arbeitsbedingungen, oder zur Verhinderung des Rücktrittes von solcher Vereinigung ist nach § 240 dann zu strafen, wenn sie dem hier normirten gesetzlichen Thatbestande entspricht, wogegen die besondere Strafbestimmung des § 153 der Gewerbe-Ordnung von 1869 nur insoweit zur Anwendung kommt, als der concrete Fall zwar nicht dem Thatbestande der Nöthigung im Sinne des § 240, wohl aber dem Thatbestande der Nöthigung in der ausgedehnteren Fassung des § 153 der Gewerbe-Ordnung entspricht, der als Mittel der Nöthigung neben Drohungen schlechthin auch Ehrverletzung und Verrufserklärung anführt, und den Versuch der Vollendung gleichstellt.

Ebenso enthält die Seemanns-Ordnung von 1872 § 89—92 besondere Strafbestimmungen für besonders geartete Fälle der Nöthigung, deren sich ein Schiffsmann gegen den Schiffer oder einen anderen Vorgesetzten schuldig macht.

§ 39. Von der durch Drohung verübten Nöthigung unterscheidet sich die bloße Drohung[2]) dadurch, daß jene die Absicht des Thäters voraussetzt den Bedrohten zu einem Thun oder Unterlassen zu bestimmen, während die Bedrohung nur die dem Andern kundgegebene Absicht erfordert, ihm einen rechtswidrigen Nachtheil zuzufügen.

---

1) Für die Behandlung der Nöthigung als Antragsdelict Geyer a. a. O. III S. 586. Bruck a. a. O. S. 52. 61. Verhdlg. d. XII. deutsch Juristentages II S. 209. Dagegen Köstlin Syst. S. 516. Dalke in Goltd. Arch. XVII S. 9. John Beurtheilung des I Entwurfs S. 109.

2) John über Landzwang und widerrechtliche Drohungen. 1852. Glaser Abhandlungen I S. 1 f. Bruck a. a. O. S. 48 f. Schwarze sächs. Gerichtszeitung XII S. 47. XIX S. 130.



Digitized by Google

Wäre eine solche Bedrohung lediglich als Kundgeben der Absicht eine strafbare Handlung zu verüben aufzufassen, so würde ihre Folge allerdings nur polizeiliche Sicherung oder höchstens Polizeistrafe sein können[1]). Die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis aber, indem sie die gegen einzelne Personen sich richtende Drohung von der den öffentlichen Frieden störenden des Landzwingers unterschied, begnügte sich auch der ersteren gegenüber nicht mit Sicherungsmaßregeln, sondern betrachtete solche Drohung als strafbar, entweder als Injurie oder als entfernten Versuch des angedrohten Delictes, oder auch als crimen vis[2]). Von den neueren deutschen Strafgesetzbüchern ist das badische auf dem Standpunkte des früheren gemeinen Rechtes stehen geblieben, indem es Sicherungsmaßregeln gegen denjenigen anordnet der einen Anderen mit einem schwereren Verbrechen bedroht oder die Verübung eines solchen vorbereitet[3]), und in ähnlicher Weise das nassauische, während die meisten die Bedrohung als Delict wider die persönliche Freiheit für strafbar erklären, einige, wie das hessische und bayerische von 1861, Strafe und Sicherheitsmaßregeln combiniren[4]).

Die Folge der Bedrohung, wenn sie überhaupt die vom Thäter beabsichtigte Wirkung ausübt, ist zunächst die, daß sie Besorgnisse, Befürchtungen hervorruft, und wenn allerdings die Verursachung einer derartigen Gefühlserregung an sich nicht geeignet erscheint als strafbare Rechtverletzung betrachtet zu werden, so doch unbedenklich darum, weil solche Befürchtungen die Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit zur weiteren Folge hat, weil der Bedrohte, genöthigt in der Art seines Verhaltens mit der ihm drohenden Gefahr zu rechnen, sich in der Freiheit seiner Bewegungen gehemmt sieht[5]).

---

1) So Carolina 176. Preuß. A.-L.-R. II, 20 § 533—537. Dafür, daß gemeinrechtlich die Bedrohung nur so aufzufassen sei Feuerbach § 433. Wächter II S. 45. Hefftter § 359. Gegen die Behandlung der bloßen Drohung als strafbarer Rechtsverletzung Köstlin Abhdlg. S. 433. Mittermaier z. Feuerb. § 433. Hefftter a. a. O. Glaser Abhdlg. S. 10 f.

2) Quistorp I § 177. Grolman § 407. Tittmann § 516.

3) Nachahmung der englischen surety of the peace, vgl. Osenbrüggen im G.-Saal 1865 S. 199 f. Glaser Abhdlg. S. 90 f. Auch John Strfr. in Norddeutschland § 185 will als Folge gefährlicher Drohung nicht Strafe, sondern Sicherheitsleistung. Ebenso Dalke in Goltd. Arch. XVII S. 15.

4) Die Strfgb. von Bayern 1813, Oldenburg 1814 und Hannover haben keine Strafbestimmung für Bedrohung.

5) Dalke a. a. O. S. 13. Meves S. 211. Geyer a. a. O. III S. 582. IV S. 394. Schütze S. 411, wogegen Schwarze a. a. O. und

Digitized by Google

Uebereinstimmend ist die Gesetzgebung davon ausgegangen, daß nicht eine jede Drohung mit irgend welchem Nachtheile als strafbar zu behandeln sei, denn wenn zwar die Drohung mit einer erlaubten Handlung sehr wohl geeignet sein kann einen Zwang zu einem Thun oder Unterlassen auszuüben und darum, in der Absicht widerrechtlich zu nöthigen verübt, auch als rechtswidrig zu betrachten sein würde [1]), so nicht die einfache Drohung. Nachtheilen die sich aus erlaubten Handlungen Anderer ergeben mag Jeder so weit er es ohne Rechtswidrigkeit vermag zu begegnen suchen, aber er kann nicht wider ihre Zufügung, viel weniger wider ihre Androhung, den Schutz des Rechtes fordern. Von einer Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit kann darum nur die Rede sein, sofern mit einer rechtswidrigen Handlung gedroht und damit die Rechtssicherheit des Bedrohten gefährdet wird. Nur wenige der neueren Strafgesetzbücher haben jede Bedrohung mit einer rechtswidrigen Handlung für strafbar erklärt [2]), während die meisten davon ausgegangen sind, daß doch nur die Drohung mit einer schwereren Rechtsverletzung geeignet sei eine die persönliche Freiheit beeinträchtigende Besorgniß zu erregen, darum gefährliche Drohungen [3]) oder Bedrohung mit strafbaren Handlungen [4]), oder, noch enger begrenzt, mit

---

§ 241 Nr. 1 und ihm folgend H. Meyer S. 477, Meves S. 211 die Drohung nicht als gegen die persönliche Freiheit, sondern gegen die Rechtssicherheit gerichtet ansehen. Aber persönliche Freiheit fordert Freiheit der Bewegung innerhalb der rechtlich begrenzten und gesicherten Sphäre, und das Bewußtsein innerhalb des eignen Rechtskreises nicht mehr gesichert zu sein, hat die Unsicherheit der Bewegung, Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit zur nothwendigen Folge, gleichviel ob der Bedrohte bestimmt wird der Gefahr sorgsam auszuweichen, oder trotzend ihr in geeigneter Weise zu begegnen. Bruck a. a. O. betrachtet die Willensfreiheit selbst als Object des Angriffes.

1) Dem Citate Geyer's a. a. O. IV S. 395 gegenüber muß ich bemerken, daß ich System II S. 179 die erlaubte Handlung als geeignetes Mittel der Drohung nur bezeichnet habe, sofern damit eine Nöthigung ausgeübt wird, nicht sofern es sich um einfache Bedrohung handelt. Wie es rechtswidrig nnd strafbar sein könnte eine Handlung anzudrohen die vorzunehmen rechtlich erlaubt ist, bleibt unverständlich, und darum wird auch die Drohung Geheimnisse zu offenbaren, sofern es nicht zum Zwecke einer Nöthigung geschieht, nicht als strafbar angesehen werden können, es sei denn, daß solche Offenbarung wie in den Fällen des § 300 selbst als Vergehen strafbar ist.

2) So Altenburg 170, Sachsen 206, Thüringen 160.

3) So Würtemberg 282, Hessen 171, Nassau 169.

4) So Braunschweig 179, Hamburg 153.

Digitized by Google

gewissen schwerer strafbaren Handlungen fordern[1]). Das deutsche Strafgesetzbuch erklärt nur die Drohung mit einem Verbrechen im gesetzlichen Sinne des Wortes für strafbar, schließt hier also, abweichend vom Thatbestande der Nöthigung, die Drohung mit einem Vergehen aus[2]).

Geht das Gesetz von der, freilich nicht zutreffenden, Voraussetzung aus, daß nur die Androhung der schwereren vom Gesetze als Verbrechen bezeichneten Delicte geeignet sei eine die Freiheit der Bewegung beeinträchtigende Befürchtung zu verursachen, so wird folgerecht gefordert werden müssen, daß die gedrohte Handlung an sich selbst dem Bedrohten gegenüber sich als ein so schweres Delict darstelle, gleichviel ob dieser es weiß oder nicht, daß das Gesetz sie als Verbrechen bezeichnet[3]).

Rücksichtlich der Willensbestimmung des Thäters wird erfordert, die Absicht durch eine ihm hierzu geeignet erscheinende Drohung bei dem Anderen Befürchtungen hervorzurufen und ihn damit im Genusse seines gesicherten Rechtsfriedens zu stören[4]). Daß er die von ihm gedrohte Handlung als eine vom Gesetze als Verbrechen bezeichnete gekannt habe, ist nicht erforderlich[5]), obwohl er nur dann bestraft wird, wenn sie eine solche ist. Gleichgiltig ist

---

1) Bayern 1861 305, Preußen 213, Oldenburg 196, Lübeck 175.

2) Gegen diese bedenkliche Beschränkung Vollert Kritik des Entwurfs S. 52 und Der revidirte Entwurf S. 66. Geyer a. a. O. III S. 583. IV S. 394. Bruck a. a. O. S. 49. H. Meyer S. 478.

3) Bruck a. a. O. S. 49. Oppenhoff § 241 Nr. 2. Olshausen § 241 Nr. 2. Die Bedrohung mit einem Vergehen, das an dem Drohenden wegen Rückfälligkeit als Verbrechen zu strafen sein würde, genügt darum nicht. Dagegen Geyer a. a. O. IV S. 395. Billnow in Goltd. Arch. XXIV S. 123 betrachtet ein solches Vergehen als genügend, wenn der Bedrohte den erschwerenden Umstand kennt. Die von Geyer hervorgehobene wunderliche Consequenz davon ist Schuld der nicht zu billigenden gesetzlichen Bestimmung.

4) Geyer a. a. O. Meves a. a. O. v. Buri im G.-Saal Beilage 1878 S. 84. Die Drohung mit dem Bewußtsein, daß sie geeignet sei Befürchtungen zu veranlassen, kann ohne diese Absicht, wie dies Oppenhoff § 241 Nr. 8 annimmt, nicht genügen. Rsprch. III S. 73. Wer um zu zu scherzen droht, wohl gar in der Voraussetzung, daß der Bedrohte sich nicht beunruhigen werde, kann nicht gestraft werden. Mit Oppenhoff übereinstimmend Binding Normen II S. 534. Olshausen § 241 Nr. 4. H. Meyer S. 478. Rsprch. IV S. 705. Dagegen Geyer a. a. O. IV S. 396.

5) Oppenhoff § 241 Nr. 8. Geyer a. a. O. IV S. 397. Meves S. 212. Binding a. a. O. S. 534. Schwarze § 241 Nr. 5.

Digitized by Google

es ferner ob er die Absicht hatte das gedrohte Verbrechen wirklich zu verüben oder nicht, ob er das Verbrechen als ein von ihm selbst zu verübendes ankündigte, oder etwa als ein auf seine Veranlassung von Anderen zu verübendes[1]).

Vollendet ist die Drohung, wenn sie der Thäter irgendwie zur Kenntniß des Bedrohten gebracht hat, wogegen es nicht erforderlich ist, daß die Drohung, der vorausgesetzten Absicht des Thäters entsprechend, in dem Bedrohten wirklich seinen Rechtsfrieden störende Befürchtungen hervorgerufen habe[2]). Die Feststellung, daß solche Befürchtungen hervorgerufen wurden, ist also nicht erforderlich, und wenn demnach die Drohung ohne Rücksicht darauf ob sie den beabsichtigten Erfolg nach sich zog oder nicht gestraft wird, so ergiebt sich, daß hier der Versuch, sofern nur die Drohung dem Bedrohten kund gegeben wurde, der Vollendung gleich gestellt ist. Damit ist die Möglichkeit eines Versuches, z. B. durch Absendung eines nicht zur Kenntniß des Bedrohten gelangten Drohbriefes, nicht ausgeschlossen, er würde aber gesetzlich nicht strafbar sein[3]).

Durch die Novelle von 1876 ist der Drohung die Bedeutung des Antragsdelictes entzogen worden.

### 3. Gefangenhaltung[4]).

§ 40. Als eine besondere Art der wider die persönliche Freiheit gerichteten Angriffe behandelt das Strafgesetzbuch[5]) das widerrechtliche Gefangenhalten. Es erklärt für strafbar den, der vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise des Gebrauches der persönlichen Freiheit beraubt.

Das Einsperren eines Menschen erfordert, daß derselbe, in einem umschlossenen Raume befindlich, verhindert wird denselben zu verlassen, sei es durch Verschließen der Ausgänge, sei es durch Bewachen derselben oder durch eine mittelst Drohung verübten Nö-

---

1) Geyer a. a. O. III S. 585. Rsprch. III S. 756.

2) Geyer a. a. O. III S. 586. IV S. 396. Oppenhoff § 341 Nr. 9. Olshausen § 241 Nr. 3. Binding a. a. O. S. 534. Rüdorff § 241 Nr. 2. H. Meyer S. 478. Rsprch. I S. 73. III S. 73. IV S. 705. Dagegen v. Liszt S. 329.

3) Geyer a. a. O. III S. 586. IV S. 397. Glaser a. a. O. S. 221. Dagegen Häberlin Kritik des Entwurfs S. 77. Bruck a. a. O. S. 52.

4) Ueber das Geschichtliche dieser Lehre vgl. Hälschner Syst. II S. 185. Geyer a. a. O. III S. 588. Bruck a. a. O.

5) § 239.

Digitized by Google

thigung. Ob eine Einsperrung anzunehmen sei, wird sich nur im concreten Falle feststellen lassen. Gewiß wird nur eine versuchte, nicht vollendete Einsperrung vorliegen, wenn der Thäter die Einsperrung durch Verschluß eines Zuganges vollendet zu haben glaubte, während der Eingesperrte durch einen andern unverschlossenen Zugang sich entfernte oder entfernen konnte. Dagegen wird man die Vollendung nicht von der Unmöglichkeit der Entfernung abhängig machen dürfen, vielmehr wird sie auch da anzunehmen sein, wo der Eingesperrte bei größerer Gewandtheit und größerem Muthe als er besaß, durch Springen, Klettern u. s. w., bei größerer Stärke durch gewaltsames Ausbrechen sich hätte entfernen können. Das Wesentliche wird immer dies sein, daß der Eingesperrte wirklich wider seinen Willen in dem umschlossenen Raume verblieb [1]) und damit der Freiheit seinen Aufenthaltsort zu bestimmen, beraubt wurde.

Wenn das Gesetz dem Einsperren jeden andern Fall in welchem Jemand des Gebrauches seiner persönlichen Freiheit beraubt wird gleichstellt, so kann dies nur den Sinn haben, daß dem Einsperren gleich zu achten ist jede andere Handlung die den gleichen Erfolg hat, also jede Art des Festhaltens an einem bestimmten Orte ebenso wie das erzwungene Fortbewegen nach einem andern Orte [2]).

In subjectiver Beziehung wird erfordert, daß der Thäter die betreffende vorsätzliche Thätigkeit in der Absicht verübte den Andern der Freiheit zu berauben, seinen Aufenthaltsort zu bestimmen. Ohne Zweifel wird der Thäter bei seiner That einen bestimmten Zweck verfolgen, aber eine weiter reichende Absicht ist nicht erforlich und würde, wenn sie vorhanden ist, eventuell bewirken, daß ein anders geartetes Delict verübt wird. Es enthält daher der Thatbestand dieses Delictes in allen Fällen zugleich den der Nöthigung [3]),

---

1) Geyer a. a. O. III S. 590. IV S. 398. Schwarze § 239 Nr. 2. 3. Oppenhoff § 239 Nr. 1. Pezold § 239 Nr. 1—4. Rsprch. III S. 416. Selbstverständlich kann das Einsperren auch dadurch verübt werden, daß der Thäter grundlos und widerrechtlich die Verhaftung, das Festhalten in einem Irrenhause veranlaßt. Vgl. Geyer a. a. O. III S. 594 über das Verhältniß der rechtswidrigen Verhaftung zur falschen Anschuldigung durch die sie veranlaßt wurde. Bruck a. a. O. S. 63.

2) Es ist also nicht erforderlich, daß die Freiheitsberaubung, wie man annahm, Goltd. Arch. VIII S. 837, Billnow in Goltd. Arch. XXIV S. 110, den Charakter der Einsperrung haben müsse, nicht in einem Fortbewegen bestehen dürfe. Schwarze § 239 Nr. 4. Rubo § 239 Nr. 6. Rsprch. II S. 167. 346. IV S. 383.

3) Binding Normen II S. 530. Herbst in Goltd. Arch. XXVI S. 47.

Digitized by Google

da der Angegriffene jedenfalls zu einem Dulden, Unterlassen gezwungen wird, oder vielleicht auch zu einem Handeln bestimmt werden soll. Insoweit ist daher auch der dolus hier wie bei der Nöthigung ganz derselbe, aber das Gesetz betrachtet eine so gestaltete Nöthigung als schwerer strafbar und scheidet sie darum von der Bestrafung nach § 240 aus[1]). Andrerseits ist von dem Delicte der Freiheitsberaubung jeder gegen die Freiheit der Ortsbestimmung gerichtete Zwang ausgeschlossen, falls er nur Mittel für Begehung eines anderweitigen Delictes und als Moment des Thatbestandes desselben erscheint, so also z. B. die Freiheitsberaubung als Mittel der Erpressung, des Raubes, der Nothzucht[2]).

Der Thäter muß ferner die Freiheitsberaubung mit dem Bewußtsein ihrer Rechtswidrigkeit verübt haben. wonach also die vorsätzliche Freiheitsberaubung nicht strafbar ist, wofern sie als Ergebniß der Ausübung eines dem Thäter zustehenden Rechtes, z. B. Amts-, Züchtigungs-, Nothwehrrechtes erscheint, oder um ihres

---

v. Buri im G.-Saal 1877 Beilage S. 206. Dagegen Olshausen § 239 Nr. 4, weil Freiheitsberaubung auch durch List z. B. Betäubung möglich sei, diese aber nicht als Gewalt betrachtet werden dürfe, darum nicht Mittel zur Verübung der Nöthigung sein könne. Vgl. hiergegen oben S. 122.

1) Daß die Freiheitsberaubung in allen Fällen Nöthigung zu einem Unterlassen ist, was wunderlicher Weise Billnow a. a. O. leugnet, kann nicht zweifelhaft, und darum von einer Concurrenz der Freiheitsberaubung und Nöthigung nicht die Rede sein, obwohl die Praxis auch hier eine bloße Gesetzesconcurrenz als Idealconcurrenz bezeichnet, vgl. Goltd. Arch. XX S. 450 f. Meves § 240 Nr. 6. Olshausen § 240 Nr. 10. Ganz ebenso verhält es sich aber, wenn die Freiheitsberaubung verübt wird um ein Handeln zu erzwingen. Auch dann ist sie ein nach § 239 zu strafender Fall der Nöthigung, und der dolus ist ganz derselbe wie in jedem Falle der Nöthigung, der kein verschiedener ist, je nachdem er auf ein erzwungenes Unterlassen oder Handeln geht. Es kann daher auch in solchem Falle von einer Concurrenz wie sie Geyer im G.-Saal 1875 S. 379 f. annimmt, nicht die Rede sein. Vgl. Binding a. a. O. S. 531, dessen Ausführung insoweit durch Geyer in Holtzdff. Hdbch. IV S. 398 nicht widerlegt ist.

2) Der zur Nöthigung erforderliche dolus liegt auch hier vor, gestaltet sich aber durch ein weiter hinzukommendes Moment eigenthümlich. Die zum Thatbestande dieser Verbrechen erforderliche Nöthigung darf auch dann, wenn sie als Freiheitsberaubung erscheint, nicht herausgelöst werden, um ein concurrirendes Delict der Freiheitsberaubung zu construiren, wie Geyer a. a. O. thut. Dagegen Binding a. a. O. Von Idealconcurrenz statt Gesetzesconcurrenz sprechen Oppenhoff § 239 Nr. 11. 12. Schwarze § 239 Nr. 5. Rubo § 239 Nr. 14 auch in diesen Fällen.

Digitized by Google

Zweckes willen als erlaubt angesehen werden muß, wie etwa das Festhalten eines Geisteskranken um ihn gegen Gefahren zu schützen[1]). Hat eine berechtigte Freiheitsentziehung stattgefunden, so macht sich selbstverständlich auch derjenige des Vergehens der Freiheitsberaubung schuldig, welcher die Freiheitsentziehung mit dem Bewußtsein, daß ihr Rechtsgrund weggefallen ist, fortsetzt[2]).

Vollendet ist die Freiheitsberaubung so wie dem Verletzten wirklich die Möglichkeit den Ort seines Aufenthaltes frei zu bestimmen entzogen ist, ohne daß die Dauer der Freiheitsentziehung für den Thatbestand des Vergehens in Betracht käme[3]). Es können freilich so minimale Beschränkungen der Freiheit der Ortsbestimmung vorkommen, daß sie nicht füglich als Freiseitsberaubung angesehen werden können, und dies um so weniger, als es sich dann wohl in der Regel um eine anders gestaltete Absicht handelt[4]). Den Versuch des Vergehens der Freiheitsberaubung hat das Gesetz nicht für strafbar erklärt, obwohl die Freiheitsberaubung den Thatbestand der Nöthigung enthält, und der Versuch der Nöthigung strafbar ist. Den Versuch der Freiheitsberaubung als Versuch der Nöthigung nach § 240 zu strafen, ist aber darum unzulässig, weil das Gesetz die als Freiheitsberaubung sich darstellenden Fälle der Nöthigung von der Beurtheilung nach § 240 ausdrücklich ausgeschlossen hat[5]).

Die Strafe der Freiheitsberaubung ist Gefängniß bis zu fünf Jahren, wenn aber die Freiheitsentziehung über eine Woche gedauert hat, oder wenn eine schwere Körperverletzung des der Freiheit Beraubten durch die Freiheitsentziehung oder die ihm während derselben widerfahrenen Behandlung verursacht worden ist, Zuchthaus bis zu zehn Jahren, und falls mildernde Umstände vorhanden sind, Gefängniß nicht unter einem Monat. Ist der Tod des der Frei-

---

1) Geyer in Holtzdff. Hdbch. III S. 592. IV S. 399. Schwarze § 239 Nr. 6. Oppenhoff § 239 Nr. 5—9. Bruck a. a. O. S. 65. Olshausen § 239 Nr. 8.

2) Ueber das Einsperren des Einwilligenden oben Bd. I S. 471.

3) Rsprch. II S. 167. III S. 421. Binding a. a. O.

4) Wer z. B. den Andern durch einen Stoß nöthigt wider Willen einige Schritte zurückzuweichen, wird wegen Beleidigung, Mißhandlung zu strafen sein, wer den Polizeibeamten einen Augenblick festhält um dem Verhafteten das Entspringen möglich zu machen, wegen Befreiung eines Gefangenen. Vgl. Goltd. Arch. VII S. 391. VIII S. 837. Schwarze § 239 Nr. 7. 8.

5) Dagegen Binding a. a. O. S. 532.

Digitized by Google

heit Beraubten durch die Freiheitsentziehung, oder die ihm während derselben widerfahrene Behandlung verursacht worden, so ist die Strafe Zuchthaus nicht unter drei Jahren, bei mildernden Umständen Gefängniß nicht unter drei Monaten[1]). Macht das Gesetz die schwereren Strafen von dem Erfolge abhängig, den die Freiheitsentziehung für Gesundheit und Leben gehabt hat, so wird es die Aufgabe des richterlichen Ermessens sein daneben insbesondere die etwaige Verschiedenheit der Absicht des Thäters nach Möglichkeit zu berücksichtigen[2]).

## 4. Menschenraub.

### Literatur.

In Betreff der geschichtlichen Entwickelung der Lehre vom Menschenraube vgl. Hälschner System II S. 187 f. — Geyer in Holtzendorff's Handbuch III S. 597 f. — Bruck Lehre von den Verbrechen gegen die Willensfreiheit S. 13—42, insbesondere aber Dobbelmann de crimine plagii, 1866 p. 1—76.

Neuere Literatur: Tittmann Lehre von dem Verbrechen gegen die Freiheit, insbesondere von dem Menschenraube. — Dobbelmann l. c. p. 82—96. — Bruck a. a. O. S. 69 f. — Villnow in Goltdammer's Archiv XXIV S. 112 f. — von Buri im Gerichts-Saal 1875 S. 522 f. — Merkel in Holtzendorff's Rechtslexikon s. v. Menschenraub.

§ 41. Der Thatbestand des Menschenraubes[3]) erfordert eine Freiheitsberaubung die dadurch verübt wird, daß sich der Thäter eines Menschen widerrechtlich und in der Absicht bemächtigt ihn in einen Zustand der Abhängigkeit von fremder Willkür zu versetzen. Ist Gegenstand des Menschenraubes allerdings nicht bloß der freie, rechtlich handlungsfähige Mensch, sondern auch der, vermöge jugendlichen Alters oder Krankheit, der Willensfreiheit ermangelnde, willensunfähige Mensch, so wird der Menschenraub immerhin als ein gegen die persönliche Freiheit gerichtetes Delict bezeichnet werden dürfen, denn es handelt sich auch bei dem Raube

1) Es versteht sich von selbst, daß die Behandlung, welche die schwere Verletzung, den Tod verursachte, von dem verschuldet sein muß, dem dieser Erfolg bei Bestrafung wegen Freiheitsberaubung als erschwerender Umstand zugerechnet werden soll. Schwarze § 239 Nr. 10. Dagegen Bruck a. a. O. S. 68.

2) Vgl. Geyer a. a. O. III S. 595.

3) Strfgb. § 234.

Digitized by Google

des Willensunfähigen durchaus nicht bloß um Verletzung des Rechtes derer, deren rechtlicher Gewalt er unterworfen ist, sondern auch um Verletzung des eignen Rechtes des Willensunfähigen. Durch die Unterwerfung unter fremde Willkür wird ihm der Schutz der Gesetze entzogen die ihn als einen der Anlage und Möglichkeit nach Freien anerkennen und ihm die ungehinderte Entwickelung zur wirklichen freien Persönlichkeit gewährleisten. Man wird darum auch, wie es in der Gesetzgebung und Doctrin geschehen ist, als das Wesentliche des Menschenraubes dies bezeichnen können, daß einem Menschen der Schutz des Staates und der Gesetze entzogen wird[1]). Der Thatbestand erfordert demnach 1) daß der Thäter sich eines Menschen, sei es durch Gewalt, Drohung oder List bemächtigt, ihn widerrechtlich seiner Macht, seinem Willen unterworfen habe. War Gewalt, Drohung oder List das Mittel der Bemächtigung, so ist es gleichgiltig ob dieses Mittel gegen den Geraubten selbst oder gegen irgend eine andere Person angewandt wurde[2]), denn nur dies ist entscheidend, daß der Geraubte widerrechtlich der Macht des Thäters unterworfen wurde. Damit ergiebt sich von selbst die Voraussetzung, daß die Bemächtigung verübt wurde entweder wider den Willen des Geraubten, oder, wenn mit dessen Willen, so gegen den Willen derer, deren rechtlicher Gewalt er unterworfen ist, oder endlich an einer rechtlich willensunfähigen Person. Die Bemächtigung ist verübt, sowie der Thäter den Geraubten in der Weise seinem Willen unterworfen hat, daß er ungehindert über ihn zu verfügen vermag. Dies wird in der Regel mittelst einer Entführung, dadurch geschehen, daß der

1) So die Strfgb. von Würtemberg, Braunschweig, Altenburg, Thüringen, Hessen, Hamburg, Sachsen. John Entwf. S. 489. Schütze S. 412. Geyer a. a. O. III S. 600. IV S. 401. Dagegen Binding a. a. O. II S. 538.

2) Oppenhoff § 234 Nr. 4. Schwarze § 234 Nr. 1. Rüdorff § 234 Nr. 1. Bruck a. a. O. S 523. v. Buri a. a. O. S. 523. Dagegen Villnow a. a. O. S. 114, weil, wenn Gewalt oder List gegen eine andere Person angewandt wurde, um die Bemächtigung zu ermöglichen, doch die Bemächtigung selbst wieder Gewalt oder List gegen den Geraubten erfordere. Das kann erforderlich sein, ist aber nicht nothwendig der Fall. Wer sich einer willensunfähigen, in keiner Weise widerstrebenden Person, etwa eines Blödsinnigen, bemächtigt, wird gegen denjenigen unter dessen Obhut er steht, entweder Gewalt anwenden, oder List, sei es, daß er diesen täuscht, sei es, daß er einen Moment der thatsächlichen Schutzlosigkeit des Blödsinnigen benutzt, aber er bedarf gegen diesen selbst weder der Gewalt noch der List. Auch die Bedenken Geyer's in Holtzdff. Hdbch. III S. 602 sind ohne Grund.

Digitized by Google

Thäter den Geraubten von seinem bisherigen Aufenthaltsorte und aus der Nähe der Personen, von denen er Hilfe und Schutz erwarten könnte, fortführt, aber es ist eine solche Entführung, wie sie das preußische Strafgesetzbuch als wesentliches Moment des Thatbestandes bezeichnete, nicht nothwendig erforderlich[1]). Die Bemächtigung erscheint also als eine Freiheitsberaubung in dem gleichen Sinne wie die Gefangenhaltung, womit nicht ausgeschlossen ist, daß dem Geraubten innerhalb der durch den Willen und die Macht des Thäters gezogenen Grenzen vielleicht ein größerer Spielraum freier Bewegung gestattet wird.

Der Thatbestand fordert 2) daß die vorsätzlich verübte Bemächtigung in der Absicht verübt wurde, den Geraubten in einen dauernden Zustand der Abhängigkeit von fremder Willkür, der Unfreiheit zu versetzen. Das Gesetz hat sich aber darauf beschränkt bestimmte Verhältnisse der Unfreiheit zu bezeichnen und fordert die Absicht des Thäters den Geraubten in Sclaverei, Leibeigenschaft oder in auswärtige Kriegs- oder Schiffsdienste zu bringen. Das Gesetz geht hierbei offenbar von der Voraussetzung aus, daß der Thäter beabsichtigt habe den Geraubten im Auslande, da wo Sclaverei oder Leibeigenschaft gesetzlich besteht, in einen Zustand derartiger Unfreiheit zu versetzen, und würde keinen Anlaß gehabt haben beide Arten persönlicher Unfreiheit anzuführen, wenn es jedes andere in überseeischen Ländern wohl vorkommende ungesetzliche, der Leibeigenschaft analoge Verhältniß als ihnen gleichstehend betrachtet hätte. Eine analoge Anwendung des Gesetzes auf Fälle in denen es sich um ein ungesetzliches, der Sclaverei, Leibeigenschaft ähnliches Unfreiheitsverhältniß, oder etwa darum handelt, daß der Geraubte einer Räuber-, Zigeuner-, Gauklerbande übergeben werden sollte, muß darum als unzulässig betrachtet werden[2]). Das Gesetz erscheint hiernach allerdings als lückenhaft, einerseits darum, weil es durch die Specialisirung der Unfreiheitsverhältnisse die Be-

---

1) Oppenhoff § 234 Nr. 2. Bruck a. a. O. Geyer a. a. O. III S. 620. IV S. 401. Olshausen § 234 Nr. 3. Dagegen Merkel a. a. O.

2) Geyer a. a. O. III S. 601. Binding Normen II S. 538. Bruck a. a. O. S. 74. Schwarze § 234 Nr. 3. Wenn man dagegen mit v. Buri a. a. O. S. 523 und Oppenhoff § 234 Nr. 8 es für gleichgiltig erklärt ob Sclaverei und Leibeigenschaft an dem betreffenden Orte gesetzlich anerkannt sind oder nicht, so würde man, was die Fassung des § 234 nicht zuläßt, die angeführten Abhängigkeitsverhältnisse nur als Beispiele zu betrachten haben, denen jedes andere gleichsteht.

Digitized by Google

rücksichtigung anderer ausschließt, andrerseits aber auch darum, weil es das Versetzen eines Menschen in einen solchen dauernden Zustand der Unfreiheit unberücksichtigt läßt, wofern es nicht mittelst einer vorangegangenen Bemächtigung verübt wurde[1]). Das Gesetz führt aber ferner noch den Fall an, daß der Thäter sich eines Menschen bemächtigt hat um ihn in hilfloser Lage auszusetzen, ein Fall in welchem, abweichend von anderen, mit der durch die Bemächtigung verübten Freiheitsberaubung die Gefährdung von Gesundheit und Leben concurrirt. Es liegt nahe diese Bestimmung dahin zu deuten, daß das Aussetzen in hilfloser Lage nicht nach Maßgabe des § 221, sondern nach § 234 als Menschenraub bestraft werden soll, falls der Thäter sich des Ausgesetzten zuvor durch Gewalt oder List bemächtigt hatte[2]), womit sich ergeben würde, daß Subject des nach § 221 strafbaren Aussetzens nur derjenige sein kann, der die That ohne vorangegangene rechtswidrige Bemächtigung des Ausgesetzten zu verüben vermochte, unter dessen Obhut der Ausgesetzte stand. Dazu kommt weiter, daß § 234 das Aussetzen nicht auf die durch jugendliches Alter, Gebrechlichkeit oder Krankheit hilflose Person beschränkt, obschon nicht wohl einzusehen ist, wie das Aussetzen an einem Menschen verübt werden soll, der ungehindert durch seine Körperbeschaffenheit sich selbst zu helfen vermag. Solcher Deutung steht nicht nur der Umstand entgegen, daß in dieser letzteren Beziehung die Strafbestimmung des § 234 praktisch werthlos erscheint, sondern auch deren Stellung zu den wider die persönliche Freiheit gerichteten Delicten. Handelte es sich auch hier um ein Gesundheit und Leben gefährdendes Aussetzen, ausgezeichnet durch den erschwerenden Umstand der Bemächtigung durch Gewalt oder List, so wäre zu erwarten gewesen, daß neben den anderen erschwerenden Umständen auch dieser in § 221 durch erhöhte Strafe ausgezeichnet worden wäre. Endlich kommt auch die Verschiedenheit der Strafe in Betracht, denn wenn nach § 221 das Aussetzen, selbst wenn es von den leiblichen Eltern verübt wird, nur mit Gefängniß nicht unter sechs Monat bestraft wird, erscheint es unverständlich, warum die gewaltsame oder listige Bemächtigung in der Absicht auszusetzen mit Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren gestraft werden soll[3]). Es ist die fragliche Be-

1) Binding a. a. O. S. 535. Geyer a. a. O. IV S. 400.

2) So Schwarze im G.-Saal 1872 S. 55. Commentar § 234 Nr. 2. Holtzendorff in seinem Hdbch. III S. 466. Oppenhoff § 234 Nr. 7.

3) Gegen diese Strafbestimmung überhaupt, wie gegen ihre Beziehung

Digitized by Google

stimmung des § 234 dem § 204 des preußischen Strafgesetzbuches entnommen worden[1]), dessen frühere Entwürfe, dem badischen Strafgesetzbuche folgend, von einem Aussetzen in entfernten Weltgegenden sprachen, während die Immediat-Commission, weil das Aussetzen in nicht entfernten Weltgegenden gleich strafbar sei, jener Fassung die Worte „in hilfloser Lage auszusetzen" substituirte. Hiernach hat das Aussetzen im Sinne des § 234 eine wesentlich andere Bedeutung als im Sinne des § 221. Im letzteren Falle handelt es sich um eine Gefährdung von Gesundheit und Leben, im ersteren um Freiheitsberaubung, indem vorausgesetzt wird, daß der Ausgesetzte, wenn zwar nicht in ein Verhältniß der Abhängigkeit von fremder Willkür versetzt, doch an dem Orte an welchem er ausgesetzt wurde sich in einer Zwangslage befinde, aus der er sich nicht zu befreien, nicht zurückzukehren, nicht nach eigenem Willen seinen Aufenthaltsort zu bestimmen vermag, und davon wird füglich nur etwa die Rede sein können, wenn das Aussetzen in entfernten Weltgegenden erfolgt[2]). Nur bei solcher Deutung konnte die fragliche Bestimmung ihren Platz in § 234 finden, eine Bestimmung für die ein Bedürfniß kaum existirt, und die einer anderen Fassung bedürfen würde, wenn ausreichender Schutz gegen betrügerische Verleitung zur Auswanderung, um die Ausgewanderten in der Ferne der Noth und dem Elende zu überlassen, gewährt werden sollte.

3) Vollendet ist der Menschenraub sobald der Thäter sich eines Menschen in der im Gesetze bezeichneten Absicht bemächtigt hat[3]). Mit dieser widerrechtlichen Bemächtigung erscheint allerdings die Freiheitsberaubung als vollendet, wenn auch die Absicht in der sie verübt wurde noch nicht verwirklicht sein sollte, und die Frage ob dies der Fall sei, ist nur für die Dauer und die Folgen der Freiheitsberaubung von Bedeutung.

---

auf das Aussetzen hilfloser Personen mittelst widerrechtlicher Bemächtigung John Entwf. S. 486 f. Geyer a. a. O. S. 601. Bruck a. a. O. S. 72.

1) Nachgebildet auch im oldenbg., lübisch., bayer. und hambg. Strfgb.

2) Hälschner System II S. 187. Zustimmend Geyer a. a. O. III S. 602. v. Buri a. a. O. S. 523. Dagegen Bruck a. a. O. S. 73 aus unhaltbarem Grunde. Oppenhoff § 234 Nr. 7.

3) Geyer a. a. O. III S. 603. Oppenhoff § 234 Nr. 10. Wenn Binding a. a. O. S. 535 und Geyer a. a. O. IV S. 400 es tadeln, daß der Versuch als vollendetes Delict behandelt werde, so kann dem nicht zugestimmt werden, weil mit der Bemächtigung die Freiheitsberaubung qualitativ vollendet erscheint. Fraglich könnte nur sein ob es nicht zweckmäßig gewesen wäre die

Digitized by Google

Die Strafe des Menschenraubes ist Zuchthaus von einem bis zu fünfzehn Jahren. Bei der Strafzumessung bleibt zu berücksichtigen, daß diese Strafe auch dann zu verhängen ist, wenn es dem Thäter gelang seine Absicht den Geraubten auszusetzen, in Sclaverei, Leibeigenschaft, auswärtige Kriegs- oder Schiffsdienste zu bringen, zu verwirklichen, daß demnach ein entsprechend geringeres Strafmaß zu verhängen ist, falls dieser beabsichtigte Erfolg nicht eintrat.

Die Verjährung des Menschenraubes beginnt mit dem Momente, in welchem der Räuber sich seiner Macht über den Geraubten begeben hat, oder sie ihm entzogen worden ist[1]), sollte auch der Zustand der Abhängigkeit vom fremden Willen für den Geraubten fortdauern.

§ 42. Von dem Menschenraube im engeren und eigentlichen Sinne des Wortes unterscheidet das Gesetz den s. g. Kinderraub[2]). Als das Wesentliche dieses Delictes betrachtet es die Verletzung des Erziehungs- und Aufsichtsrechts der Eltern oder Vormünder, nicht die Freiheitsberaubung, obwohl es mit einer solchen concurriren kann, falls nämlich ein Mündiger wider seinen Willen der berechtigten Familiengewalt entzogen worden ist[3]).

Der Thatbestand erfordert 1) als Object eine minderjährige Person, der hier also andere bevormundete Personen nicht gleichgestellt sind[4]). 2) Die Handlung besteht darin, daß der Minderjährige durch List, Drohung oder Gewalt seinen Eltern oder Vormündern entzogen wurde. List, Drohung, Gewalt müssen das Mittel der Entziehung bilden, während es gleichgiltig ist, ob dieses Mittel gegen den Minderjährigen selbst, unmittelbar gegen die Eltern

---

Strafe, ebenso wie bei der Gefangenhaltung, je nach dem weiteren Erfolge der Freiheitsberaubung abzustufen.

1) Die verbrecherische Thätigkeit des Räubers dauert nur so lange als der Geraubte seiner Herrschaft unterworfen ist, und die Verjährung beginnt mit Beendigung dieser Herrschaft, Geyer a. a. O. III S. 607. Oppenhoff § 224 Nr. 11, nicht erst dann, wie Bruck a. a. O. S. 75, v. Buri a. a. O. S. 523 annehmen, wenn der Geraubte seine Freiheit wieder erlangt hat.

2) Strfgb. § 235.

3) Vgl. Hälschner System II S. 190. Geyer a. a. O. III S. 603. Bruck a. a. O. S. 69. v. Buri a. a. O. S. 524. Billnow a. a. O. S. 117.

4) Warum die Entführung einer blödsinnigen, geisteskranken oder einer andern unter Vormundschaft oder Curatel stehender Person unberücksichtigt blieb, ist nicht einzusehen.

Digitized by Google

oder Vormünder, oder gegen irgend eine andere Person angewandt wurde. Insbesondere ist es also gleichgiltig ob die Entziehung wider Willen oder mit Zustimmung des Minderjährigen erfolgte[1]). Entzogen ist der Minderjährige seinen Eltern oder Vormündern sobald diese behindert sind ihr Erziehungs- und Aufsichtsrecht auszuüben, und darum wird vorausgesetzt werden müssen, daß eine Entziehung von gewisser Dauer beabsichtigt war, weil, wenn nur eine ganz vorübergehende Entziehung beabsichtigt war und stattfand, von einer Verletzung jenes Rechtes und Anmaßung desselben Seitens des Thäters nicht die Rede sein kann[2]). 3) In Betreff der Willensbestimmung des Thäters wird erfordert, daß die Entziehung vorsätzlich, darum mit dem Bewußtsein, daß der Entzogene minderjährig sei und die Entziehung wider Willen der Eltern oder des Vormundes erfolge, verübt wurde. Abweichend von andern Strafgesetzbüchern[3]) fordert das deutsche nicht, daß die Entziehung in einer näher bestimmten Absicht verübt sei, nur daß selbstverständlich die Absicht nicht eine solche sein darf, durch welche sich die That als Menschenraub darstellen würde. Es ist also weder die Absicht erforderlich den Eltern um irgend eines Motives willen eine Kränkung, ein Leid zuzufügen, noch auch die Absicht den Minderjährigen in der Freiheit seiner Bewegung, seinem leiblichen und geistigen Wohle zu beeinträchtigen, und auch die Entziehung die lediglich in der Absicht dem Minderjährigen eine Wohlthat, vielleicht Schutz gegen den Mißbrauch elterlicher Gewalt, zu gewähren verübt wurde, ist nach § 235 strafbar[4]).

---

1) Oppenhoff § 235 Nr. 3—5. Schwarze § 235 Nr. 2. 3. Pezold § 235 Nr. 3. 6. Zimmerle § 235 Nr. 3—8. v. Buri a. a. O. S. 525. Geyer a. a. O. III S. 603. 605.

2) v. Buri a. a. O. S. 524. Olshausen § 235 Nr. 1. Dagegen Oppenhoff § 235 Nr. 6. Vgl. Geyer a. a. O. IV S. 401.

3) Vgl. die Strfgb. von Sachsen, Bayern, Hessen, Nassau, Baden, Altenburg, Thüringen, welche den Thatbestand des Verbrechens durch Angabe des Zweckes begrenzten, wie dies auch in den Entwürfen des preuß. Strfgb. vor 1850 geschehen war.

4) Gewiß ist in solchem Falle die That sehr entschuldbar, aber straflos, wie Goltd. Arch. XIV S. 610 und Geyer a. a. O. S. 604 fordern, kann der nicht bleiben, der, statt in anderer gesetzlicher Weise zu helfen, wissentlich das elterliche Recht verletzt, auch wenn dieses Recht durch Mißbrauch „seine Heiligkeit verloren hat". Das Gesetz gewährt die Möglichkeit eine entsprechend geringfügige Strafe zu verhängen. Ganz anders verhielt es sich nach § 206 des preuß. Strfgbs. und es war erklärlich, daß das Ob.-Tribunal der Noth-

Digitized by Google

Die Strafe ist Gefängniß von einem Tage bis zu fünf Jahren, dagegen Zuchthaus bis zu zehn Jahren, wenn die Entziehung in der Absicht geschieht den Minderjährigen zum Betteln oder zu gewinnsüchtigen oder unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen zu gebrauchen. In diesem qualificirten Falle des Kinderraubes erscheint, der Verletzung des elterlichen Rechtes gegenüber, die Gefährdung oder Schädigung des sittlichen Wohles des Minderjährigen als das wichtigere Moment. In der Regel wird in solchem Falle die Absicht wohl auf einen fortdauernden derartigen Mißbrauch des Minderjährigen gehen, aber es ist dies nicht nothwendig erforderlich[1]) und auch ein ganz vorübergehender, einmaliger Mißbrauch kann geeignet sein dem sittlichen Leben des Minderjährigen einen schweren Schaden zuzufügen. Dagegen bleibt zu beachten, daß qualificirter Kinderraub nur dann anzunehmen ist, wenn der geraubte Minderjährige in einer ihn selbst treffenden und schädigenden Weise zu gewinnsüchtigen oder unsittlichen Zwecken mißbraucht wird, nicht aber dann, wenn der Raub nur verübt wurde um anderen Personen gegenüber gewinnsüchtige Zwecke, von denen der Geraubte gar nicht betroffen wird, zu verfolgen, wenn der Raub z. B. zum Zwecke einer Erpressung verübt wurde[2]). Mit dem wesentlichen Zwecke der Strafbestimmung den Minderjährigen selbst gegen sittlich nachtheiligen Mißbrauch zu schützen, steht es im Widerspruche, daß ihre Anwendung ausgeschlossen ist, falls die Eltern, der Vormund einwilligten.

### 5. Hausfriedensbruch.

§ 43. Zu den Delicten wider die persönliche Freiheit gehört wesentlich auch die Verletzung des Hausfriedens[3]). Im eignen Hause mit voller Freiheit sich zu bewegen und zu walten ist allezeit als ein wesentliches Recht der Person anerkannt worden, das durch

---

wendigkeit in solchem Falle mindestens ein Jahr Gefängniß zu verhängen in einer wunderlichen, unhaltbaren Weise zu entgehen suchte. Vgl. die Entscheidung in Goltd. Arch. XIV S. 617 f.

1) Schwarze § 235 Nr. 5. Oppenhoff § 235 Nr. 6. Dagegen Villnow a. a. O. S. 118.

2) Vgl. Entscheidung des preuß. O.-Trib. in Goltd. Arch. VIII S. 281. Geyer a. a. O. III S. 606.

3) Vgl. Walch de pace domestica. Opuscula II S. 116. Schwarze im Arch. 1842 S. 541 f. Wilda in Weiske Rechtslexikon VI S. 270 f. Osenbrüggen Lehre vom Hausfrieden 1857. Hälschner Syst. II S. 192 f.

Digitized by Google

jedes unbefugte Eindringen und Verweilen im Hause, auch abgesehen von jeder weiteren daraus sich etwa ergebenden Rechtswidrigkeit, verletzt wird.

Abweichend von den Strafgesetzbüchern, welche den Hausfriedensbruch als Störung des öffentlichen Rechtsfriedens, der öffentlichen Sicherheit behandelten, war das preußische denen gefolgt[1]), die ihn zu den Verletzungen der persönlichen Freiheit stellten. Daß es nur die qualificirte Form des Hausfriedensbruches bei den Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit erwähnt, hat allein darin seinen Grund, daß der einfache Hausfriedensbruch, in Rücksicht auf das Strafmaß, zu den Uebertretungen in Beziehung auf persönliche Sicherheit, Ehre und Freiheit gestellt war. Mit Unrecht ist das deutsche Strafgesetzbuch hiervon abgewichen, indem es den Hausfriedensbruch zu den Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung gestellt hat. Gewiß richtet sich auch der Hausfriedensbruch wider die öffentliche Ordnung, aber nur in dem gleichen Sinne wie jede strafbare Handlung überhaupt, während bei ihm das nächste und eigentliche Object des Angriffes der im Hause herrschende und ordnende Wille der Privatperson ist[2]). Als im engeren Sinne wider die öffentliche Ordnung gerichtet werden darum nur die Delicte bezeichnet werden dürfen, die unmittelbar die in der Oeffentlichkeit herrschende und ordnende obrigkeitliche Gewalt angreifen oder gefährden.

Der Hausfriedensbruch hat zum Gegenstande den Hausfrieden, den in Haus und Hof herrschenden, allein vom Willen des Hausherrn abhängigen Zustand der Ordnung, der verletzt wird, wenn hier dem Willen des Berechtigten, ihn in der Freiheit seiner Bethätigung beeinträchtigend, der Wille eines Unbefugten entgegentritt und sich irgend wie als geltender und herrschender zu behaupten sucht. In Betreff des Thatbestandes kommen folgende Momente in Betracht.

1) Als diejenigen Räumlichkeiten in denen der Hausfriede herrscht und gebrochen werden kann, bezeichnet das Gesetz[3]) die

---

1) Vgl. Strfgb. von Würtemberg 193. Braunschweig 180. Hessen 165.

2) Als gegen die persönliche Freiheit gerichtet betrachten den Hausfriedensbruch John in Holtzdff. Hdbch. III S. 154. Oppenhoff § 123 Nr. 1. Schütze S. 276. v. Liszt S. 329, als ein selbständiges nicht nothwendig gegen die Freiheit gerichtetes Delict H. Meyer S. 479, als Ehrverletzung Schwarze a. a. O. S. 550 und Commentar § 123 Nr. 1.

3) Strfgb. § 123.



Digitized by Google

Wohnung, die Geschäftsräume und das befriedete Besitzthum, sowie abgeschlossene Räume die zum öffentlichen Dienste bestimmt sind. Die Wohnung umfaßt alle einer einzelnen Person, einer Familie sowie den sonstigen in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Personen zur Bewohnung dienenden Räume, gleichviel ob sie dem Aufenthalte von Menschen oder einer anderen Zweckbestimmung des häuslichen Lebens dienen[1]). Wie das Gesetz, den heutigen Verhältnissen entsprechend, dem Hause die Wohnung substituirte, so dem Hofe das befriedete Besitzthum. Bei der Frage was als befriedetes Besitzthum zu betrachten sei, kommt daher vor allem in Betracht, daß es sich hier nicht um Schutz des Eigenthums, sondern des Hausfriedens handelt, daß darum unter befriedetem Besitzthum nur das zum Hause, der Wohnung gehörende, den Zwecken des häuslichen Lebens dienende Besitzthum, Hof, Nebengebäude, Hausgarten, zu verstehen ist, auf das sich der Hausfriede mit erstreckt, gleichviel ob durch eine Umfriedigung der Zugang Unbefugten versperrt ist oder nicht[2]).

---

1) John a. a. O. III S. 154. Oppenhoff § 123 Nr. 2. Schwarze § 123 Nr. 2. Olshausen § 123 Nr. 2. Es versteht sich von selbst, daß dem Miether innerhalb seiner Miethwohnung auch dem Vermiether gegenüber die Ausübung des Hausrechtes zusteht, nicht aber den in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Personen, Dienstboten, Gesellen, Lehrlingen, Pflegebefohlenen in den ihnen zum Aufenthalt bestimmten Räumen gegenüber dem Hausherrn. Rsprch. I S. 33. 95. 138.

2) Das deutsche Strfgb. spricht nicht wie § 214 des preuß. von befriedigtem, sondern befriedetem Besitzthum, womit offenbar auf das unter dem Hausfrieden stehende Besitzthum hingewiesen ist. Wenn Olshausen § 123 Nr. 4 gestützt auf § 214 des preuß. Strfgb. seine Entstehungsgeschichte und darauf, daß „befriedet" und „befriedigt" etymologisch gleichbedeutend sei, als befriedet jedes eingehegte, umfriedigte Grundstück betrachtet, so ist übersehen, daß es sich hier um Hausfriedensbruch, um Schutz des Hausfriedens, nicht des Eigenthums an Grundstücken handelt. Leerstehende Wohnhäuser, ein noch unvollendeter Neubau, ein vom Wohnhause entfernt liegendes, eingehegtes Grundstück gehört nicht hierher, wie vielfach in Doctrin und Praxis angenommen wurde. — Schwarze § 123 Nr. 5. Pezold § 123 Nr. 1. 2. Zimmerle § 123 Nr. 6. 11. Das unbefugte Eindringen in solche Grundstücke würde nach § 368 Nr. 9 eventuell als Sachbeschädigung zu strafen sein. Das Reichsgericht — Rsprch. I S. 547. III S. 148 — entschied, es gehöre zum befriedeten Besitzthum eine Zusammengehörigkeit des Besitzthums mit dem bewohnten Hause, welche die Ausdehnung des Hausfriedens auf dasselbe bewirkt. Vgl. H. Meyer S. 480. Oppenhoff § 123 Nr. 4.

Digitized by Google

Neben der Wohnung nennt das Gesetz noch die Geschäftsräume, weil sie, auch wenn sie mit der Wohnung nicht verbunden sind, unter dem Hausfrieden stehen. Ob sie abgeschlossen sind oder nicht, wohl sogar die Zweckbestimmung haben dem Publikum zugänglich zu sein, kommt nicht in Betracht[1]).

Wenn endlich das Gesetz auch abgeschlossene zum öffentlichen Dienste bestimmte Räume unter den Hausfrieden stellt, so ist es zwar richtig, daß es sich hierbei nicht darum handelt die Privatperson in der Ausübung ihres Hausrechtes, sondern darum den öffentlichen Dienst gegen Störungen zu schützen. Gleichwohl wird man nicht sagen dürfen, daß in solchen Räumen ein Hausrecht nicht verletzt werde[2]), denn auch in ihnen waltet und herrscht nothwendig der Wille eines Berechtigten, dem niemals ein anderer hemmend und störend entgegentreten darf. Noch weniger kann ein wesentlicher Unterschied zwischen solchen Räumen und der Wohnung, dem Geschäftsraume der Privatperson dadurch begründet werden, daß die zum öffentlichen Dienste bestimmten Localitäten jedem zugänglich sein sollen, der in diesem Local etwas zu thun hat oder zu thun zu haben glaubt, denn es giebt Häuser, Geschäftsräume, die ebenso wie viele zum öffentlichen Dienste bestimmte Localitäten dazu bestimmt sind einer unbestimmten Vielheit von Menschen, dem Publikum, offen zu stehen, und es giebt andrerseits zum öffentlichen Dienste bestimmte Localitäten, die nur den hierbei beschäftigten Bediensteten zugänglich, gegen den Verkehr mit anderen Menschen strenger abgeschlossen sind, als die Wohnung der Privatperson.

2) Verübt wird der Hausfriedensbruch dadurch, daß der Thäter widerrechtlich eindringt, oder, wenn er ohne Befugniß in einem der gedachten Räume verweilt, auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt. Das Verkehrsleben bringt es mit sich, daß die unter dem Hausfrieden stehenden Räume vielfach von fremden Menschen betreten werden, und auch dann, wenn sie nicht

---

1) Oppenhoff § 123 Nr. 3. Olshausen § 123 Nr. 3. John a. a. O. S. 155. Der Eintritt in Geschäftsräume, welche bestimmungsgemäß dem Publikum zugänglich sind, kann an sich nicht rechtswidrig sein, wohl aber bedingungsweise das Verbleiben in denselben. Schwarze § 123 Nr. 4.

2) So John a. a. O. S. 159, der die Störung des Geschäftsganges in solchen Räumen als etwas vom Hausfriedensbruche total Verschiedenes bezeichnet. Dagegen Schütze S. 277. Olshausen § 123 Nr. 6. Vgl. Zimmerle § 123 Nr. 12—20.

Digitized by Google

ihrer Zweckbestimmung nach Jedermann zugänglich sind, wird der Hausfriede noch nicht durch ein ohne besondere Genehmigung des Berechtigten erfolgendes Betreten, sondern nur durch ein Eindringen in die betreffenden Räume gebrochen. Ein solches Eindringen findet gewiß dann statt, wenn der Thäter sich den Zugang durch Gewalt oder List eröffnet, aber auch ohne dies in all den Fällen, in denen der Thäter mit dem Bewußtsein wider den Willen des Berechtigten zu handeln die fremde Räumlichkeit betritt[1]).

Im Unterschiede von dem erlaubten, berechtigten Betreten der unter dem Hausfrieden stehenden Räume ist das Eindringen in dieselben an sich und als solches ein rechtswidriges, eine Störung des Hausfriedens. Die Rechtswidrigkeit des Eindringens erfordert darum nicht die Absicht des Thäters eine noch weiter reichende Störung des Hausfriedens oder irgend eine andere rechtswidrige, strafbare Handlung zu verüben, wird aber auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Thäter um irgend eines an sich erlaubten Zweckes willen eindrang[2]). Fordert das Gesetz nicht nur ein Eindringen, sondern auch ausdrücklich ein widerrechtliches, so hat dies nur den Sinn, daß trotz des wider den Willen des Berechtigten

1) John a. a. O. S. 155 betrachtet als Eindringen ein die Regeln des Verkehrs verletzendes Betreten der fremden Räumlichkeit. Aber es handelt sich bei dem verbotenen Hausfriedensbruche nicht um den Schutz conventioneller Regeln, sondern um den Schutz dessen, dem die Handhabung des Hausrechtes zusteht, und dessen Wille auch dann zu respectiren ist, wenn er selbst von den Regeln des Verkehrs abweichen sollte. Wesentlich bleibt also bei dem Eindringen, daß es wider den Willen des Berechtigten erfolgt. — Oppenhoff § 123 Nr. 7. Schwarze § 123 Nr. 6. Olshausen § 123 Nr. 8. — Wer mit gewaltsamer oder listiger Beseitigung eines Hindernisses sich den Zugang eröffnet, handelt gewiß bewußt wider den Willen des Berechtigten, aber warum, wie Rubo § 123 Nr. 5 annimmt, stets Beseitigung eines physischen Hindernisses erforderlich sei, ist nicht einzusehen, ebensowenig warum ein Einschleichen, wie Schwarze § 123 Nr. 12 annimmt, nicht genügen soll. Jedenfalls wird also gefordert, daß der Thäter wissentlich, vorsätzlich wider den Willen des Berechtigten eindringt, gleichviel ob dieser Wille irgendwie ausdrücklich erklärt oder vom Thäter nur vermuthet war. Von einem Eindringen wider den zu vermuthenden Willen des Berechtigten, wie angenommen worden ist — Oppenhoff a. a. O. — kann aber nicht die Rede sein, denn es fehlt der dolus, wenn der Thäter den nach den Umständen zu vermuthenden Widerspruch des Berechtigten nicht vermuthet hat.

2) Oppenhoff § 123 Nr. 8. 9. Schwarze § 123 Nr. 6. Olshausen § 123 Nr. 9. Pezold § 123 Nr. 34. Zimmerle § 123 Nr. 23—25.

Digitized by Google

erfolgten Eindringens ein Hausfriedensbruch in den Fällen nicht vorliegt, in denen der Berechtigte ausnahmsweise nicht befugt war dem Betreten der betreffenden Räume einen Widerspruch entgegen zu setzen[1]).

Des Hausfriedensbruches macht sich ferner schuldig wer ohne Befugniß in den unter dem Hausfrieden stehenden Räumen verweilt und auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt. Die Voraussetzung ist in diesem Falle, daß ein Eindringen nicht stattgefunden habe, darum die Anwesenheit, das Verweilen in der betreffenden Localität an sich selbst ein den Hausfrieden verletzendes nicht sei. Zu einem solchen wird das Verweilen erst dadurch, daß es trotz der erfolgten Aufforderung des Berechtigten sich zu entfernen fortgesetzt wird. Der Verweilende ist also verpflichtet auf die Aufforderung des Berechtigten sich sofort zu entfernen, widrigenfalls sein Verweilen zu einem rechtswidrigen und strafbaren wird, wobei jedoch nach der gesetzlichen Bestimmung vorausgesetzt wird, daß das Verweilen selbst ein unbefugtes sei. Es kann dies, wenn das Verweilen das Ergebniß eines nicht rechtswidrigen, erlaubten oder sogar berechtigten Betretens der Räumlichkeit war, nur den Sinn haben, daß das Verweilen ein unbefugtes dann ist, wenn dem Verweilenden kein vertragsmäßiges oder gesetzliches Recht zusteht auch wider den Willen dessen der hier das Hausrecht zu üben hat, zu verweilen. Das Verweilen ist ein den Thatbestand des Hausfriedensbruches ausschließendes, befugtes, wenn auf der andern Seite die Befugniß die Entfernung zu fordern mangelt[2]).

---

1) John a. a. O. S. 156. Oppenhoff § 123 Nr. 8. 12. Olshausen a. a. O. Rüdorff § 123 Nr. 6.

2) Die Fassung des Gesetzes ist keine glückliche. Man wird von dem der mit Erlaubniß des Hausherrn in dessen Wohnung verweilt, nicht füglich sagen können er verweile ohne Befugniß, aber ebenso wenig wird man, wenn er nach Aufforderung sich nicht entfernt, sagen können der Hausfriedensbruch sei ausgeschlossen, weil das der Aufforderung vorangegangene Verweilen nicht ohne Befugniß war. Nur dann mangelt der Thatbestand des Hausfriedensbruches, wenn das fortgesetzte Verweilen auf einem Rechtsgrunde beruhte, dem gegenüber die Aufforderung sich zu entfernen rechtlich wirkungslos war. Vgl. John a. a. O. S. 159. Schwarze § 123 Nr. 12a. Oppenhoff § 123 Nr. 13. Das „ohne Befugniß" des Verweilens entspricht vollkommen dem „widerrechtlich" des Eindringens, denn hier wie dort handelt es sich darum, daß ein Recht, dem gegenüber der Wille des Hausherrn machtlos sein würde, mangelt. Es ist daher nicht richtig, wenn Olshausen § 123 Nr. 10 den Hausfriedensbruch nicht nur durch ein Recht, sondern schon durch eine bloße

Digitized by Google

Berechtigt zur Aufforderung sich zu entfernen ist derjenige, dem in der betreffenden Räumlichkeit die Ausübung des Hausrechtes zusteht, in seiner Abwesenheit der mit der Bewachung Beauftragte, und auch ohne besondern Auftrag werden Familienglieder und andere der häuslichen Gemeinschaft Angehörende berechtigt erscheinen vertretungsweise das Hausrecht zu üben[1]), um so mehr als sie auch selbst ein rechtliches Interesse an der Wahrung des ungestörten Hausfriedens haben.

3) Der Hausfriedensbruch kann nur dolos verübt werden. Der Dolus erfordert Vorsätzlichkeit der Handlung und das Bewußtsein ohne Berechtigung wider den Willen des Berechtigten eingedrungen zu sein oder zu verweilen[2]). Durch die irrthümliche Voraussetzung des Thäters nicht wider den Willen des Berechtigten zu handeln, oder einer ihm zustehenden Berechtigung, wird der Hausfriedensbruch ausgeschlossen. Der Absicht eine über das unberechtigte Eindringen oder Verweilen hinausreichende weitere Störung des Hausfriedens zu verüben bedarf es nicht[3]), aber es wird auch durch die Absicht mittelst des Eindringens ein anderweitiges Delict zu verüben, der Thatbestand des Hausfriedensbruches nicht ausgeschlossen.

4) Der Hausfriedensbruch ist vollendet mit dem widerrechtlichen Eindringen, mit dem, trotz der Aufforderung sich zu entfernen, fortgesetzten Verweilen. Im letzteren Falle wird erfordert, daß das fortgesetzte Verweilen durch die Absicht dem Willen des Auffordernden zu widerstreben bestimmt sei, und nur nach den Um-

---

Befugniß zu verweilen als ausgeschlossen betrachtet. Welche Befugniß könnte denn geeignet sein die Ausübung des Hausrechtes zu paralysiren?

1) Oppenhoff § 123 Nr. 14. 15. Schütze S. 277. Olshausen § 123 Nr. 12. Pezold § 123 Nr. 36—38.

2) John a. a. O. S. 158. Oppenhoff § 123 Nr. 19. Olshausen § 123 Nr. 14. Zimmerle § 123 Nr. 55—57.

3) Ganz mit Unrecht wird regelmäßig behauptet zum Dolus gehöre weder die Absicht noch auch das Bewußtsein den Hausfrieden zu stören. Oppenhoff § 123 Nr. 19. Pezold § 123 Nr. 34. Olshausen § 123 Nr. 14. Wer vorsätzlich mit dem Bewußtsein widerrechtlich dem Willen des Berechtigten entgegen zu handeln eindringt oder verweilt, hat eben damit auch die schuldhafte, strafbare Absicht den Hausfrieden zu brechen, sollte er auch nicht wissen, daß das Gesetz seine That als Hausfriedensbruch bezeichnet und für strafbar erklärt. Nur so viel ist richtig, daß eine über das den Hausfrieden brechende Eindringen oder Verweilen hinausreichende Störung nicht beabsichtigt zu sein braucht. Vgl. John a. a. O. S. 158.

Digitized by Google

ständen des concreten Falles wird sich beurtheilen lassen, ob, wenn die Entfernung nicht augenblicklich, sondern zögernd erfolgte, eine solche Absicht obwaltete oder nicht[1]). Bleibt die Aufforderung sich zu entfernen erfolglos, so ist der Berechtigte befugt den Hausfriedensbrecher mittelst Gewalt zu entfernen, eine Gewaltübung die als Act berechtigter Nothwehr straflos ist, sofern nicht die Grenzen der Nothwehr überschritten wurden[2]).

§ 44. Die Strafe des Hausfriedensbruches ist Gefängniß bis zu drei Monaten, oder Geldstrafe bis zu dreihundert Mark, dagegen Gefängnißstrafe von einer Woche bis zu einem Jahre, wenn die Handlung von einer mit Waffen versehenen Person oder von Mehreren gemeinschaftlich begangen wurde.

Was in den Fällen in denen das Gesetz den Umstand, daß der Verbrecher Waffen bei sich führt, mit Waffen versehen ist, als erschwerend behandelt als Waffe zu betrachten sei, konnte nach den früheren deutschen Strafgesetzbüchern nicht zweifelhaft sein, weil sie wie die Carolina davon ausgingen, daß der Verbrecher sich mit irgend einem geeigneten Werkzeuge in der Absicht versehen habe von ihm eventuell zum Zwecke des Angriffes auf Menschen oder der Vertheidigung Gebrauch zu machen. Der Forderung der rheinischen Juristen und der Tendenz des französischen Strafrechtes alle Unterschiede der Verschuldung möglichst zu nivelliren, um die Schwierigkeit ihrer Feststellung im concreten Falle zu umgehen, folgend, hat das preußische Strafgesetzbuch jede Hindeutung auf die Absicht des Verbrechers vermieden und sich mit der Thatsache der Bewaffnung begnügt. Ihm ist das deutsche Strafgesetzbuch gefolgt und der lange in Theorie und Praxis des preußischen Strafrechts resultatlos geführte Streit darüber was als Waffe, als Diebstahl, Raub eines Bewaffneten zu betrachten sei[3]), setzt sich unvermeidlich auch jetzt fort.

Jeder Zweifel erscheint ausgeschlossen, wenn man unter Waffe das im engeren und technischen Sinne des Wortes so bezeichnete Werkzeug versteht, und diese Bedeutung des Wortes war es aller-

---

1) Schwarze § 123 Nr. 12a. Rsprch. I S. 689. Pezold § 123 Nr. 28. Dagegen John a. a. O. S. 159.

2) Goltd. Arch. XXVI S. 331.

3) Vgl. Hälschner System II S. 477 f. Jicinsky in der Allg. östreich. Gerichtszeitung 1860, über den Begriff der Waffe, abgedruckt in Goltd. Arch. X S. 414 f. Kries Ueber den Begriff der Waffe in Goltd. Arch. XXV. S. 22 f.

Digitized by Google

dings von der man bei der Redaction der betreffenden Bestimmungen des preußischen Strafgesetzbuches zunächst ausging[1]), an der man aber nicht folgerecht festhielt. Als erschwerender Umstand wurde die Thatsache, daß Jemand bei Verübung einer strafbaren Handlung Waffen bei sich führt darum bezeichnet, weil das Recht sich gegen das Unrecht zu schützen kraftlos werde, wenn der Bedrohte in der Hand des Gegners Waffen sehe. Dann aber genügt die Thatsache des Bewaffnetseins nicht, sondern es muß auch die Waffe offen, dem Bedrohten erkennbar, geführt werden, weil er nur dann durch die Sorge, daß von der Waffe Gebrauch gemacht werden könnte, sich bestimmen lassen wird, und es wird weiter diese objective Gefährlichkeit des Angriffes dem Thäter als schulderhöhend nur dann zugerechnet werden können, wenn der Thäter mindestens mit dem Bewußtsein handelte bewaffnet zu sein. Von diesen über die Thatsache des Bewaffnetseins hinausreichenden Erfordernissen enthält aber das Gesetz keine Andeutung. Sollte die objective Gefährlichkeit als erschwerender Umstand erscheinen, so kam ferner in Betracht, daß je nach den Umständen, je nach der Individualität des Angreifers und des Bedrohten, der Angriff eines Unbewaffneten in hohem Grade gefährlich und bedrohlich, der einer Waffen tragenden Person sehr ungefährlich erscheinen kann, und man gab zu, daß die Praxis von dem erschwerenden „eigentlichen Waffenführen" den nicht erschwerenden „unverfänglichen" Waffenbesitz werde zu unterscheiden haben[2]).

Die bisherige Praxis zeigt, daß es unmöglich ist das völlig irrationale Gesetz auf einen rationellen Grund aus welchem weitere Folgerungen für den Thatbestand zu ziehen wären, zurückzuführen. Betrachtet man als Waffe nur das im technischen Sinne so bezeichnete Werkzeug, so ergiebt sich das aller Gerechtigkeit widersprechende Resultat, daß dem Einen der ganz „unverfängliche" Waffenbesitz als erschwerender Umstand zugerechnet wird, der Andere der, in der Absicht davon Gebrauch zu machen, sich mit einem gefährlichen Werkzeuge das nicht Waffe ist, ausrüstete, der erhöhten, durch den erschwerenden Umstand bedingten Strafe entgeht. Betrachtet man als Waffe nicht nur das im technischen Sinne so bezeichnete Werkzeug, so führt solche Ausdehnung ins Schrankenlose, denn nur unter der Voraussetzung, von der das Gesetz schweigt, daß der Thäter

1) Goltd. Mat. II S. 482 f.

2) Vgl. Goltd. Mat. II S. 488 die Aeußerungen Savigny's.

Digitized by Google

in der Absicht davon Gebrauch zu machen sich mit einem zum Angriffe geeigneten Werkzeuge versah, ist es möglich solcher Ausdehnung des Begriffes Waffe im concreten Falle die richtige Grenze zu ziehen.

Die in der Praxis herrschende Ansicht geht dahin, daß als Waffe nicht bloß das im technischen Sinne so bezeichnete Werkzeug, sondern ein jedes anzusehen sei das zur Beibringung bedeutender Körperverletzungen geeignet ist. Der Intention des Gesetzgebers, der auf die objective Gefährlichkeit das Gewicht legte, sucht man dadurch zu entsprechen, daß man die Absicht des Thäters von dem Werkzeuge eventuell zum Angriffe auf Menschen Gebrauch zu machen, nicht für erforderlich erklärt. Für die Unterscheidung des als Waffe zu betrachtenden Werkzeugs von anderen, werden dann verschiedene Kriterien aufgestellt. In Rücksicht auf die Gefahr, daß der Thäter, auch ohne vorgefaßte Absicht, in die Versuchung kommen könnte von ihm Gebrauch zu machen, soll das Werkzeug als Waffe betrachtet werden, wenn der Thäter sich dessen bewußt war mit ihm versehen zu sein. Es soll die Qualität des Werkzeuges als Waffe ferner gefolgert werden aus dem Eindrucke den es auf den Bedrohten auszuüben geeignet ist, und eben darum wird erfordert, daß es in einer dem Bedrohten erkennbaren Weise geführt wurde und daß der Thäter sich der Möglichkeit dieses Eindruckes bewußt war. Es soll endlich jedes auch versteckt getragene Werkzeug als Waffe betrachtet werden, wenn der Thäter es in der Absicht sich seiner gegen Menschen zu bedienen zu sich genommen hat[1]). Diese Auffassung findet ihre Erklärung in dem

---

1) Oppenhoff § 123 Nr. 23—25. § 243 Nr. 72 f. Rüdorff § 123 Nr. 10. § 243 Nr. 10. Pezold § 123 Nr. 43. 44. § 243. Nr. 58—61. Zimmerle § 243 Nr. 43. 44. H. Meyer S. 481, der aber das Bewußtsein die Waffe bei sich zu haben nicht genügend erachtet, sondern fordert, daß der Thäter ein Werkzeug mit dem Bewußtsein, daß es von Andern als bedrohlich angesehen werden könne, bei sich führe. Villnow Raub und Erpressung S. 27 f. fordert, daß der Thäter ein Werkzeug als Waffe für sich, d. h. es als Waffe betrachtend, wenn auch nicht in der Absicht es zu gebrauchen, bei sich führe. Schwarze § 123 Nr. 16. 17. § 243 Nr. 32 fordert ein Bewaffnetsein das auf einen schwereren Dolus hinweist, und legt deshalb Gewicht auf den Unterschied des „Versehen" in § 123 und des „Führen" in § 243, wohl mit Unrecht, denn auf absichtliche Bewaffnung würden doch nur etwa die Worte: „sich mit Waffen versehen hat" hindeuten. Der Gesetzgeber wollte den schwierigen Beweis der absichtlichen Bewaffnung vermeiden, und das Resultat ist, daß dennoch dieser Beweis oder der noch schwierigere des Bewußtseins mit einem Werkzeuge versehen zu sein das dem Andern bedrohlich erscheinen könnte,

Digitized by Google

durchaus berechtigten Streben das Gesetz auf einen rationellen Grund zurückzuführen und die höhere Strafe nur zu verhängen, wo ein höheres Maß der Schuld vorliegt, aber einerseits entspricht eine solche combinirte Berücksichtigung der objectiven und subjectiven Gefährlichkeit des strafbaren Unternehmens gewiß nicht der Fassung des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers, und andrerseits bleibt es unmöglich die Dinge die als Waffe zu betrachten sind von anderen zu unterscheiden, so lange dafür die objective Gefährlichkeit, die Möglichkeit eines gefährlichen Gebrauches, als entscheidend angesehen wird[1]).

Das Gesetz macht die erhöhte Strafe des Hausfriedensbruches davon abhängig, daß der Thäter mit Waffen versehen war in dem gleichen Sinne, in welchem Diebstahl und Raub qualificirt erscheinen, wenn der Thäter Waffen bei sich führt. Jede Hindeutung auf absichtliche Bewaffnung ist vermieden, weil nur die objective Gefährlichkeit des Bewaffnetseins als erschwerender Umstand betrachtet wurde[2]). Gewiß kann je nach den Umständen das strafbare Unternehmen desjenigen, der ein nicht als Waffe im technischen Sinne zu bezeichnendes Werkzeug bei sich führt, wie selbst das eines völlig Unbewaffneten gleich gefahrdrohend erscheinen wie das eines Bewaffneten, aber eben deshalb ist es unzulässig lediglich die im concreten Falle sich ergebende Gefährlichkeit als entscheidend zu betrachten und damit dem Worte „Waffe" eine so grenzenlose Bedeutung beizulegen, daß es bedeutungslos wird. Weil das Gesetz keine Andeutung davon enthält, daß das Wort „Waffe" in einem anderen und weiteren Sinne zu nehmen sei, wird darunter nur

---

oder der Beweis, daß der Thäter die Axt die er trug als Waffe für sich betrachtete, geführt werden soll. Olshausen § 123 Nr. 19 betrachtet als Waffe nur die im technischen Sinne so genannte, falls von ihr ein Gebrauch weder gemacht noch angedeutet wurde, andernfalls aber sei nach dem gemachten oder angedeuteten Gebrauche des Werkzeuges seine Qualität als Waffe zu bestimmen. Daß die Waffe offen, erkennbar geführt werde sei nicht erforderlich, wohl aber das Bewußtsein des Thäters bewaffnet zu sein.

1) Unter solcher Voraussetzung wird auch der gespitzte Bleistift, die Stahlfeder, womit man das Auge ausstechen kann, als Waffe zu betrachten sei. Vgl. Jicinsky a. a. O. und von Kries in Goltd. Arch. XXV S. 23. f.

2) Darum wurde das in den früheren Entwürfen des preuß. Strfgb. ausgesprochene Erforderniß der absichtlichen Bewaffnung gestrichen, Goltd. Mat. II S. 482 und ebenso weisen die Motive zum deutsch. Strfgb. II Entwf. zu § 121—123 nur auf diese Gefährlichkeit hin.

Digitized by Google

das Werkzeug verstanden werden dürfen, das die Zweckbestimmung hat zum Angriffe und zur Abwehr zu dienen, Waffe im technischen Sinne ist[1]). Als mit Waffen versehen, Waffen bei sich führend, kann aber nur derjenige angesehen werden, der sich dessen bewußt ist eine Waffe bei sich zu haben, weil nur dann von der Gefahr, daß er von ihr Gebrauch machen könnte, die Rede sein kann. Ferner wird aber auch der bewußte Waffenbesitz nicht unbedingt als erschwerender Umstand zuzurechnen sein, nämlich nicht dann, wenn dieses Bewaffnetsein im concreten Falle „unverfänglich", in keiner Beziehung objectiv gefährlich erscheint. Das durchaus unbefriedigende Ergebniß dieser Gesetzauslegung fällt allein der unrichtigen Fassung des Gesetzes zur Last.

In Rücksicht auf die größere Gefährlichkeit soll den Hausfriedensbruch die erhöhte Strafe auch dann treffen, wenn er von Mehreren gemeinschaftlich verübt wurde. Als von Mehreren verübt wird der Hausfriedensbruch schon dann zu betrachten sein, wenn er von zwei Personen als Mitthätern durch gemeinschaftliches Eindringen oder unbefugtes Verweilen verübt wurde, wogegen die Anwendung der erhöhten Strafe ausgeschlossen ist, wenn neben dem einen Thäter andere Personen als der Hilfsleistung, Anstiftung schuldig erscheinen, da in solchem Falle eine erhöhte Gefährdung des Hausfriedens nicht vorliegt[2]).

Der Hausfriedensbruch kann, sofern nicht einer der gedachten erschwerenden Umstände obwaltet, nur auf Antrag verfolgt werden. Zur Stellung des Antrages ist derjenige berechtigt, dessen Hausrecht verletzt wurde, der Inhaber der Wohnung, der Hausherr und, sofern es sich um zum öffentlichen Dienst bestimmte Räume handelt, derjenige dem zur Zeit der That die unmittelbare Beauf-

---

1) Die in den früheren Entwürfen des preuß. Strfgb. enthaltene Erwähnung „anderer gefährlicher Werkzeuge" wurde gestrichen. Dürfte der durch die Novelle von 1876 eingefügte § 223a überhaupt zur Auslegung des § 123 benutzt werden, so würde nur gefolgert werden können, daß im Sinne des § 123 andere gefährliche Werkzeuge der Waffe nicht gleichzustellen sind, und nicht mit H. Meyer S. 536 das Umgekehrte. Als Waffe im Sinne der §§ 123. 243. 250 betrachten das nur im technischen Sinne so bezeichnete Werkzeuge Merkel in Holtzdff. Hdbch. III S. 683. Rubo § 123 Nr. 11. 12. von Kries in Goltd. Arch. XXV S. 33. Olshausen § 123 Nr. 19 wie angeführt, bedingungsweise.

2) John a. a. O. S. 160. Oppenhoff § 123 Nr. 26. 27. Schwarze § 123 Nr. 18. Olshausen § 123 Nr. 20. Rsprch. II S. 308.

Digitized by Google

sichtigung und Bewahrung derselben zustand. Daraus, daß in Abwesenheit dieser Personen, andere auch ohne ausdrückliche Bevollmächtigung befugt erscheinen vertretungsweise das Hausrecht zu üben, kann nicht gefolgert werden, daß sie auch als legitimirt zur Stellung des Strafantrages zu erachten seien[1]).

§ 45. Von dem einfachen, durch einen erschwerenden Umstand ausgezeichneten Hausfriedensbruche unterscheidet das Gesetz[2]) eine eigenthümliche qualificirte Art desselben, mit näherer Angabe seines Thatbestandes. Derselbe erfordert, daß sich eine Menschenmenge, gleichviel aus welchem Anlasse und Grunde, öffentlich zusammengerottet habe[3]), und daß sie sodann, in der Absicht Gewaltthätigkeiten gegen Personen oder Sachen mit vereinten Kräften zu begehen, in eine der oben bezeichneten Räumlichkeiten eingedrungen sei. Mit solchem widerrechtlichen Eindringen ist der qualificirte Hausfriedensbruch vollendet ohne daß die wirkliche Verübung der beabsichtigten Gewaltthätigkeiten erforderlich wäre[4]).

Mit Gefängniß von einem Monat bis zu zwei Jahren soll Jeder gestraft werden der an diesen Handlungen Theil nimmt. Daraus folgt, daß nach § 124 nur zu strafen ist, wer ebensowohl an der Zusammenrottung als an dem Eindringen Theil genommen hat. Daß er in der Absicht eindrang selbst Gewaltthätigkeiten zu verüben ist nicht erforderlich, wohl aber das Bewußtsein, daß die mit ihm eindringende Menge Gewaltübungen beabsichtigt[5]).

---

1) John a. a. O. S. 160. Oppenhoff § 123 Nr. 21. Olshausen § 123 Nr. 17. Rsprch. I S. 33.

2) Strfgb. § 124.

3) Es ist also nicht erforderlich, daß schon die Zusammenrottung in der zur Verübung des Vergehens selbst erforderlichen Absicht stattfand. F. Meyer § 124 Nr. 3. Olshausen § 124 Nr. 2. Sollte eine größere, als Menge zu bezeichnende Zahl nach Verabredung einen Hausfriedensbruch verüben, etwa auch in Absicht Gewaltthätigkeiten zu begehen, so würde dies zur Anwendung des § 124 nicht genügen, falls nicht eine öffentliche Zusammenrottung stattgefunden hat. Schwarze § 124 Nr. 1.

4) Sind Gewaltthätigkeiten verübt worden, so ist die That nach § 125 als Landfriedensbruch strafbar.

5) John a. a. O. S. 161. Oppenhoff § 124. Nr. 5. Schwarze § 124 Nr. 1—4.

Digitized by Google

## Viertes Kapitel.

# Delicte gegen die Ehre.

### 1. Die Ehre und ihre Bedeutung.

§ 46. Die Ehre kommt rechtlich in einer zweifachen Beziehung in Betracht; einmal in der Beziehung, daß die Rechtssubjectivität des Menschen und seine Ehre auf der gleichen Basis beruhen, auf seiner Geistigkeit und Freiheit, daß deshalb die Entwickelung des Menschen zur wirklichen sittlichen Persönlichkeit die Bedingung seiner Vollberechtigung als Person wie seiner Ehre ist, und daß demgemäß die Vollberechtigung der Person und ihre Ehre sich wechselseitig voraussetzen; sodann in der Beziehung, daß eine rechtswidrige Verletzung der Ehre als strafbar erscheint.

Für die strafrechtliche Behandlung der Ehrverletzung ist die Auffassung des Wesens der Ehre entscheidend[1]). Die Basis der Ehre bildet die dem Menschen angeborne Würde, die ihm als einem geistigen und freien Wesen zukommt und die darum bei allen Menschen die gleiche und selbige ist. Aber eben diese Würde ist nur die reale Möglichkeit der Ehre, nicht die wirkliche Ehre.

Wie der Mensch die ihm der Anlage nach verliehene Geistigkeit und Freiheit überhaupt erst durch seine innere Entwickelung zur Wirklichkeit gestaltet, so ist auch die Ehre im eigentlichen Sinne des Wortes ein Gut, das von ihm erworben werden muß. Es

---

1) Darüber Feuerbach Lehrbch. 1. Aufl. § 308 f., später abgekürzt. Henke II § 120. Bauer § 203—208. Abegg § 287. Marezoll § 123. Kleinschrod im Arch. I N. IV. Weber Ueber Injurien und Schmähschriften I S. 1 f. Hübner Ueber Ehre, Ehrlosigkeit u. s. w. Birnbaum im Arch. 1834 S. 188 f. Heffter im Arch. 1839 S. 237 f. Haken Ueber den Begriff der Ehre, 1850. Köstlin Abhandlungen § 1. von Buri Abhandlungen aus dem Strafrechte S. 1—8. Dochow in Holtzdff. Hdbch. III S. 337. H. Meyer S. 461. Ofenbrüggen Die Ehre im Spiegel unsrer Zeit 1872. Freudenstein System des Rechtes der Ehrenkränkungen 1880 S. 1 f. Riegold Die Beleidigung nach § 185 des R.-Strfgb. 1881.

Digitized by Google

kommt dem Menschen nicht bloß die ihm angeborene Würde, sondern auch Ehre zu, insofern seine besondere sittliche Erscheinung dem allgemeinen Wesen des Sittlichen entspricht, insofern er sich zur sittlichen Persönlichkeit entwickelt hat, und er besitzt seine Ehre in dem Bewußtsein, von Andern als sittliche Persönlichkeit anerkannt zu sein[1]). Zwar ist der innere sittliche Werth des Menschen von dem Urtheile Anderer an sich unabhängig, kann durch dasselbe weder erhöht noch geschmälert werden, aber das Sittliche, das die Norm für den Werth des Einzelnen bildet, kommt selbst nur im socialen Leben der Menschen zur Darstellung, ist ein historisch Bestimmtes, das allein in den sittlichen Anschauungen eines Volkes und Zeitalters sein objectives Dasein hat, und nur in dieser historisch bestimmten Form ist die Sittlichkeit die Grundlage für alle socialen Verhältnisse der Menschen. So gewiß daher der Einzelne befähigt und berufen ist, sich zu selbständiger Erkenntniß und innerer Gewißheit seiner sittlichen Pflicht und Würde zu erheben, so bedarf er doch dazu des objectiven Maßstabes, den ihm die ihn umgebende sittliche Welt in ihren Institutionen und in dem sittlichen Urtheile der öffentlichen Meinung darbietet. Das wahre Ehrgefühl ist daher gleich weit entfernt von dem Ehrgeize desjenigen, der, um die Gunst Aller zu gewinnen, sich abhängig macht von der Subjectivität, den zufälligen Ansichten und Meinungen jedes Einzelnen, wie auch von der Eitelkeit und Selbstgerechtigkeit desjenigen, der in der Ueberzeugung eigner Unfehlbarkeit dem Urtheile Anderer jede objective Bedeutung abspricht und als sittlich werthlos erachtet. Das Bewußtsein des eignen sittlichen Werthes hat die

---

1) Es ist hiernach unrichtig, wie Olshausen § 185 Nr. 2, die innere und die äußere Ehre, welche letztere allein Gegenstand der Beleidigung sei, zu unterscheiden. Die Ehre ist allerdings etwas Aeußeres, insofern sie lediglich und allein in der Anerkennung des sittlichen Werthes der Person ihr Dasein hat und in dem Bewußtsein dieser Anerkennung besessen wird. Die Ehre ist also der Reflex des sittlichen Werthes der Person und daß dieser, die „innere Ehre", nicht Gegenstand der Rechtsordnung sei ist unrichtig, denn ein gewisses Maß dieses Werthes ist die Voraussetzung der vollen Rechtsfähigkeit der Person, und das Gesetz gewährt ihm strafrechtlichen Schutz. Gewiß kann die Beleidigung Niemanden etwas von seinem sittlichen Werthe nehmen, gleichwohl ist dieser Gegenstand des rechtswidrigen Angriffes, ebenso wie das Eigenthumsrecht bei dem Diebstahle Gegenstand des Angriffes ist, obwohl der Dieb dem Eigenthümer zwar die Sache, niemals aber sein Recht an derselben entziehen kann.

Digitized by Google

Anerkennung des sittlichen Werthes und der Bedeutung des sittlichen Urtheils der Anderen zur nothwendigen Folge, und ebenso nothwendig erkennt es sich als bedingt durch die Anerkennung Seitens der Anderen. Beruht nun auf der ihm der Anlage nach mitgegebenen Geistigkeit und Freiheit des Menschen ebensosehr seine menschliche Würde wie seine Rechtsfähigkeit, beruht auf seiner Entwickelung zur wirklichen sittlichen Persönlichkeit eben so sehr seine Ehre wie seine Vollberechtigung als Mitglied der menschlichen Gesellschaft, so handelt es sich allerdings bei der Ehre wie bei der Rechtspersönlichkeit des Menschen um dasselbe, um sein Anerkanntsein als wirklicher, geistig und sittlich entwickelter Person. Der Unterschied liegt aber darin, daß es sich bei der Ehre um ein im Bewußtsein sich reflectirendes Anerkanntsein der Persönlichkeit rücksichtlich ihres inneren sittlichen Werthes, bei der Rechtspersönlichkeit um ein Anerkanntsein rücksichtlich ihrer in der Außenwelt sich kundgebenden rechtlichen Wirksamkeit handelt.

Wenn von der menschlichen Würde, die Allen gleichmäßig zukommt, die Ehre im eigentlichen Sinne des Wortes darum zu unterscheiden ist, weil sie auf dem sittlichen Werthe beruht, den der Einzelne durch seine innere Entwickelung sich erworben hat, so wird auch die Ehre selbst nach Maßgabe der individuellen Verschiedenheit dieser Entwickelung sich verschieden gestalten. In dieser Beziehung kommt zunächst in Betracht die gemeine, bürgerliche Ehre als das Maß sittlichen Werthes, welches die rechtliche Bedingung der Vollberechtigung der Person bildet. Ist die volle Rechtsfähigkeit der Person, die Möglichkeit der vollen freien Bewegung in der Sphäre des Rechtslebens, eine nothwendige äußere Bedingung für die innere sittliche Entwickelung, und kann sie darum dem Menschen nicht ohne Gefahr für sein sittliches Leben entzogen werden, ist ferner der Staat an sich überhaupt nicht zu sittlichen Urtheilen berufen, sondern kann er ein solches nur mittelbar fällen, da wo er zu einem rechtlichen Urtheile berufen ist, so ergiebt sich, daß die gemeine bürgerliche Ehre nicht durch irgend ein positiv bestimmtes Maß des sittlichen Werthes bedingt, sondern nur negativ bestimmt ist. Das Gesetz spricht die bürgerliche Ehre, ohne damit allen sittlichen Werth zu negiren, dem ab, der durch eine rechtswidrige That eine Schmälerung seines Rechts und seiner Ehre als Strafe verwirkt hat, und berücksichtigt außerdem eine in anderer Beziehung sich kundgebende Unwürdigkeit nur da, wo es sich um ein Rechtsverhältniß handelt, das ein besonderes sittliches Vertrauen voraus-

Digitized by Google

setzt. Allen Personen, die rechtlich keine Einbuße an ihrer Ehre erlitten haben, kommt die gemeine bürgerliche Ehre gleichmäßig zu, aber doch nur in dem Sinne, daß alle weiteren individuellen Unterschiede des sittlichen Werthes rechtlich gleichgiltig sind, und darum vom Rechte ignorirt werden. Insoweit es sich aber um die strafrechtliche Beurtheilung der Ehrverletzung handelt, kommt die Ehre nothwendig in ihrer concreten individuellen Gestaltung in Betracht, und darum können hier diese weiteren Unterschiede nicht unberücksichtigt bleiben. Diese Verschiedenheit wird zunächst eine quantitative sein, indem je nach dem inneren sittlichen Werthe dem Einen ein höheres Maß von Ehre zukommt und zuerkannt wird als dem Anderen. Sie wird aber ferner, von solchem graduellen Unterschiede abgesehen, häufig auch bedingt werden von dem Unterschiede der besondern sittlichen Qualitäten, welche die besondere sociale Stellung des Einzelnen voraussetzt. Die entsprechende Entwickelung der verschiedenen sittlichen Kräfte wird bedingt durch ihre Bethätigung, und darum wird eine völlig harmonische Entwickelung derselben da nicht erwartet werden können, wo nicht Jedem die Gelegenheit ihrer gleichmäßigen Bethätigung gewährt ist. Eine annähernd gleichmäßige Gestaltung der Ehre war möglich, wo, wie in den Staaten des klassischen Alterthums, der gleiche Beruf Aller, denen überhaupt Ehre zukam, der war, Bürger des Staates zu sein. Anders bei den modernen Völkern, bei denen die Ehre vorwiegend durch die sociale Stellung bedingt wird, und bei denen, vermöge der Eigenthümlichkeit unsrer socialen Zustände, auch eine lebendiger sich entwickelnde Bethätigung des Einzelnen in der Sphäre des Staatslebens, die Bedeutung des socialen Unterschiedes niemals vollständig wird aufheben können. Es wird daher für die Ehre des Menschen immer von hervorragender Bedeutung sein, daß er die eigenthümlichen sittlichen Qualitäten in sich ausgebildet habe, deren er bedarf um seiner socialen Berufsstellung volles Genüge zu leisten. Die nothwendige Folge davon ist, daß der Mensch rücksichtlich seiner Ehre das Gewicht vorzüglich auf den Besitz dieser besondern sittlichen Qualitäten legen wird, und daß ebenso diese Qualitäten für das sittliche Urtheil Anderer über ihn vorwiegend den Maßstab bilden, andere Qualitäten für dasselbe eine nur untergeordnete Bedeutung haben werden. Wir bezeichnen die Ehre in dieser Gestaltung als Standesehre.

Die Standesehre birgt allerdings die Gefahr in sich, daß sie losgelöst von den allgemeinen sittlichen Anschauungen des Volkes

Digitized by Google

sich an nichtige Dinge, Eitelkeiten, Standesvorurtheile heftet, die Gefahr, daß sie in bestimmter Richtung sich in einseitiger Weise zuspitzt, und schließlich, vermöge dieser, alle anderen sittlichen Anforderungen negirenden Einseitigkeit, selbst allen sittlichen Werth verliert. Solche Auswüchse, obwohl an sich kein ausreichender Grund der Standesehre ihre Berechtigung abzusprechen, sind für die strafrechtliche Doctrin der Anlaß gewesen die Frage näher zu erörtern, in wie weit der Staat berufen sei der Ehre strafrechtlichen Schutz zu verleihen. In dem an sich vollkommen berechtigten Streben der Willkür zu begegnen, die geneigt ist die Ehre in Dingen zu suchen die sittlich indifferent oder werthlos erscheinen, gelangte man zu dem Satze, daß die Ehre nur insoweit den strafrechtlichen Schutz zu fordern habe als sie vom Staate selbst anerkannt sei, als sie als gemeine, bürgerliche Ehre erscheine. Indem man aber diese gleichwohl nicht auf das Maß der Ehre beschränken wollte, von welchem das Gesetz die Vollberechtigung der Person abhängig macht, blieb die gemeine bürgerliche Ehre durchaus unbestimmbar, und nur so viel war klar, daß man der Ehre einen Schutz nur so weit zugestehen wollte, als sie allen Staatsbürgern, die sie nicht durch ihre Handlungsweise verwirkt haben, gleichmäßig zukomme[1]). Einerseits aber steht es in absolutem Widerspruche zu den socialen Zuständen und sittlichen Anschauungen der modernen Völker, die Ehre nur als politischen Begriff, nur als bestimmt durch das Verhältniß des Einzelnen zum Staat aufzufassen, und andrerseits ist es durchaus verkehrt rücksichtlich der Ehre als das Allgemeine nur das anzusehen, was das Allen Gemeinsame ist, demjenigen alle objectiv sittliche Bedeutung abzusprechen, was nicht gleichmäßig

1) So behauptet noch Köstlin a. a. O., daß der Werth des Individuums als dieses bestimmten Menschen den Staat nichts angehe, und auch von Buri a. a. O. und G.-Saal 1876 S. 233 f. meint die Allgemeinheit dürfe einen anderen als den zu ihrem Bestehen erforderlichen Werth von dem Einzelnen nicht fordern, und sei deshalb auch nicht verpflichtet einen derartigen Werth, sollte er selbst vorhanden sein, anzuerkennen und zu schützen. Besteht nach Buri die Ehre in dem Besitze des zur Vollgültigkeit des Einzelnen als Mitglieds der menschlichen Gesellschaft erforderlichen Maßes von innerem Werth, und die Ehrenkränkung in der Nichtanerkennung dieses Maßes von Werth, so würde vom Standpunkte der heutigen Gesetzgebung aus folgen, daß die Beleidigung nur bestehen könne in dem Vorwurfe einer Handlung, die eine Ehrenschmälerung zur rechtlichen Folge hat, denn mehr als dies, daß man keine solche Handlung begangen habe, fordert das Gesetz zur rechtlichen Vollgültigkeit des Einzelnen nicht.



Digitized by Google

Allen zukommt. So gewiß also die Subjectivität überall, wo sie sich in ihrer Willkür und Zufälligkeit außerhalb der objectiv zu bestimmenden Sphäre des Sittlichen geltend macht, keinen Anspruch auf Anerkennung und Schutz hat, so gewiß ist es nicht Aufgabe des Staates und des Rechtsgesetzes zu bestimmen was als Ehre Anspruch auf rechtlichen Schutz hat. Es bleibt die Aufgabe des Richters, unbeirrt durch Prätensionen des Dünkels, der Eitelkeit, durch sittliche Verkehrtheit der Ansichten des Einzelnen, festzustellen, was sittlichen Werth für die Persönlichkeit habe, und was dem entsprechend als Verletzung dieses Werthes zu betrachten sei, aber es kann nicht seine Aufgabe sein im concreten Falle die Frage, ob der sittliche Werth einer bestimmten Person verletzt erscheine in Rücksicht auf irgend ein durchschnittliches allen Menschen gleichmäßig zukommendes Maß von Ehre zu beantworten, und damit dem Einen einen Werth zuzuerkennen den er nicht hat, dem Andern den Werth den er wirklich besitzt, abzusprechen. Er hat die Ehre in ihren mannigfach verschiedenen Erscheinungsformen anzuerkennen, und es ist deshalb keineswegs eine ungebührliche Nachgiebigkeit gegen die Individualität, wenn unter Berücksichtigung jener Verschiedenheit ein und dieselbe Handlung in dem einen Falle als eine Ehrverletzung angesehen wird, im andern Falle nicht, in dem einen als eine leichte, in dem andern als eine besonders schwer zu strafende.

In eigenthümlicher Gestalt erscheint endlich noch die Ehre als die in der Doctrin gewöhnlich sogenannte vorzügliche bürgerliche Ehre. Wenn es sich hierbei allerdings um eine dem Einzelnen verliehene und äußerlich beigelegte Ehre handelt, so wird man doch eine solche vorzügliche Ehre nicht überall da annehmen dürfen, wo der Staat, um Verdienst und Würdigkeit anzuerkennen, irgend welche Ehrenauszeichnung verliehen hat. Auch der Staat kann den sittlichen Werth nur anerkennen und seine Anerkennung Anderen äußerlich kenntlich machen, nicht aber dem Einzelnen als solchen einen Werth und eine Ehre beilegen, die dieser nicht aus und durch sich selbst hat. Anders verhält es sich, wenn Jemandem als dem Repräsentanten eines höheren rechtlichen und sittlichen Organismus, dessen Würde sich in ihm wiederspiegelt, wenn Jemandem vermöge seines Amtes, im weiteren Sinne des Wortes, eine besondere Ehre beigelegt wird. Wird freilich auch das Amt nur unter der Voraussetzung sittlicher Würdigkeit übertragen werden, wird von dem, welcher ein Amt des Staates, der Kirche u. s. f. übernommen hat, gefordert werden müssen, daß seine sittliche Erscheinung nicht in

Digitized by Google

Widerspruch trete zu der Würde des Amtes, so bleibt immerhin die ihm vermöge des Amtes zukommende Ehre eine äußerlich verliehene, von seiner persönlichen Ehre verschiedene und relativ unabhängige, weil der persönliche Werth derer, die sich durch ihr Verhalten des Amtes nicht unwürdig gemacht haben, immerhin noch ein verschieden gestalteter sein kann. Die Amtsehre hat darum auch für Alle, welche die gleiche amtliche Stellung einnehmen, die gleiche Bedeutung, wie verschieden auch sonst ihr persönlicher Werth sein möge.

Der innere sittliche Werth des Menschen ist für Andere ein absolut Unverletzliches; nicht so die Ehre, insofern sie in dem Bewußtsein der Anerkennung dieses Werthes Seitens Anderer ihr Dasein hat[1]). Hat aber diese Anerkennung eine Bedeutung nur insofern sie eine frei ertheilte ist, so folgt daraus, daß das sittliche Urtheil über Andere einem Jeden freisteht, daß ein Jeder berechtigt ist seine Beziehungen zu Anderen nach Maßgabe seines Urtheils über sie zu gestalten, und daß namentlich Niemand das Recht hat von Anderen eine positive Bethätigung der Anerkennung seines sittlichen Werthes zu fordern. Dagegen ist es eine rechtswidrige Verletzung der Ehre, wenn das Ehrgefühl der Person vorsätzlich durch den Ausdruck der Nichtanerkennung ihres sittlichen Werthes gekränkt wird, es sei denn, daß im concreten Falle ausnahmsweise eine besondere Berechtigung zu einer solchen Handlungsweise vorlag. Von einer Verletzung der Ehre kann daher nur die Rede sein, sofern der Ausdruck der Nichtanerkennung sich wirklich auf das bezieht, was an sich das sittlich Werthvolle ist, nicht aber auf das sittlich Indifferente, oder auf das, was nur einen eingebildeten sittlichen Werth hat. Ueber die Frage, was als Verletzung der Ehre zu betrachten sei, kann daher allerdings niemals nur die subjective Empfindung einer erlittenen Kränkung entscheiden, andrerseits aber liegt ebensowenig ein Grund vor die Ehre in irgend einer ihrer concreten Gestaltungen vom strafrechtlichen Schutze auszuschlie-

1) Stenglein in d. 3. Aufl. von Rüdorff's Comment. S. 443 erklärt es als verfehlt die Beleidigung als gegen die Ehre gerichtet aufzufassen, weil sie ein inneres Gut sei, das durch äußere Angriffe nicht angetastet werden könne. Nur die äußere Achtung werde durch die Beleidigung verletzt. Damit kann man sachlich einverstanden sein und es handelt sich schließlich um einen Wortstreit, ob man das innere unverletzbare Gut als den sittlichen Werth der Person oder als Ehre, das in der Anerkennung der Anderen sich reflectirende Spiegelbild jenes inneren Gutes, als Ehre oder als äußere Achtung bezeichnen will.

Digitized by Google

ßen und das Recht der Person auf ihre Ehre und deren strafrechtlichen Schutz nur in irgend welcher Beschränkung anzuerkennen.

## 2. Thatbestand der Beleidigung.

§ 47. Das deutsche Strafgesetzbuch hat, vom preußischen abweichend, dem vierzehnten Abschnitte nicht die Ueberschrift „Verletzungen der Ehre", sondern die Ueberschrift „Beleidigung" gegeben, und bezeichnet damit alle in diesem Abschnitte mit Strafe bedrohten Handlungen als Beleidigungen. Gleichwohl beziehen sich diese Strafsatzungen keineswegs nur auf verschiedene denselben allgemeinen Thatbestand voraussetzende Formen desselben Delictes, vielmehr werden hier Delicte von durchaus verschiedenem Thatbestande zusammengefaßt, und es muß darum die Beleidigung in dem engeren Sinne des Wortes, in welchem sie der Anlaß zu der Ueberschrift des Abschnittes war, von der Beleidigung in dem weiteren Sinne, in welchem sie einige durchaus anders geartete Delicte mit umfaßt, unterschieden werden. Als den Thatbestand der Beleidigung im engeren Sinne voraussetzende Beleidigung erscheinen aber auch die im zweiten und dritten Abschnitte erwähnten strafbaren Handlungen.

Den Thatbestand der Beleidigung im engeren und eigentlichen Sinne hat das Gesetz in allgemeiner, für alle Fälle derselben maßgebender, Weise nicht festgestellt, weil sich ein Bedürfniß dafür in der Rechtsübung nicht fühlbar gemacht habe[1]), wohl aber hat es den Thatbestand besonderer Formen der Beleidigung näher normirt und es werden diese Bestimmungen als Anhaltspunkte für eine doctrinäre Begriffsbestimmung der Beleidigung zu benutzen sein.

Beleidung ist die rechtswidrige Handlung, welche den sittlichen Werth der Person durch das Kundgeben seiner Nichtanerkennung antastet[2]). Die Beleidigung erfordert also einen unmittelbar gegen

---

1) Motive zum II Entwf. §§ 183—195.

2) Es wird hiergegen eingewandt, daß die Beleidigung nicht in einer Verneinung des sittlichen Werthes der Person zu bestehen brauche, denn es genüge auch eine verächtliche Behandlung die mit der Anerkennung dieses Werthes nicht bestehen könne. So das preuß. Ob.-Trib. Oppenhoff Rsprch. XVI S. 802. Comment. § 185 Nr. 1. Olshausen § 185 Nr. 3. Was aber mit der Anerkennung des Werthes nicht bestehen kann, ist sicher eine Verneinung desselben, während freilich der Umfang, das Maß in dem er verneint wird, gleichgiltig ist. Vgl. dagegen Schwarze S. 536. Gegen Bruhns im G.-Saal 1875 S. 497 f. der eine Begriffsbestimmung der unabhängig

Digitized by Google

den sittlichen Werth der Person sich richtenden Angriff, und trotz vielfacher Meinungsverschiedenheiten in der Begriffsbestimmung ebenso der Ehre wie der Beleidigung, herrscht insoweit in der Doctrin wie neueren Gesetzgebung volle Uebereinstimmung, daß man, im bewußten Gegensatze zur römischen Auffassung der Ehre und Injurie, dieser engere Grenzen zieht und nicht jeden vorsätzlichen Eingriff in die Rechtsphäre der Person als ehrverletzend ansieht[1]). Daß hiermit auch das deutsche Strafgesetzbuch übereinstimmt ergiebt sich aus den gesammten die Beleidigung betreffenden Bestimmungen. Ist der sittliche Werth der Person in allen Fällen der Beleidigung das Object des Angriffes, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß eine Beleidigung dann anzunehmen sei, wenn entweder in allgemeiner Weise eine Mißachtung oder Verachtung kundgegeben, oder ein besonderer sittlicher Mangel, Fehler, vorgeworfen wird. Dagegen können Kundgebungen die den sittlichen Werth der Person unberührt lassen, mögen sie auch als kränkend erscheinen, nicht als Beleidigung betrachtet werden. Als kränkend empfundene Aeußerungen, die sich auf körperliche Mängel und Gebrechen beziehen, sind an sich nicht Beleidigungen, obwohl sie unter Umständen als Beleidigungen erscheinen können, wenn etwa der Thäter den Vorwurf solcher Mängel als Mittel einer den sittlichen Werth der Person mißachtenden Verspottung benutzt[2]). Ebenso beziehen sich ungünstige Urtheile über die intellectuellen Anlagen und Fähigkeiten, über Geschicklichkeiten und Fertigkeiten, über literarische, künstlerische, gewerbliche und sonstige Leistungen nicht auf den sittlichen Werth der Person, und können, wie sehr sie auch geeignet sein mögen zu kränken, an sich und als solche nicht als beleidigend betrachtet werden[3]).

Rücksichtlich solcher Beleidigungen die nur in dem allgemeinen Ausdrucke der Mißachtung bestehen, wird es bei Beurtheilung des

---

vom Rechte in der Vorstellung der Menschen existirenden Ehre für überflüssig erklärt und nicht einsehen kann was Schimpfworte und Thätlichkeiten mit dem sittlichen Werthe des Angegriffenen zu schaffen haben, von Buri im G.-Saal 1876 S. 233.

1) Feuerbach § 291. Henke I S. 237. Wächter II § 153. Abegg § 293. Marezoll § 124. Köstlin a. a. O. S. 15. H. Meyer S. 463. Dochow a. a. O. S. 337.

2) Oppenhoff § 185 Nr. 1. Schwarze § 185 Nr. 1. Pezold § 185 Nr. 29.

3) Strfgb. § 193. Oppenhoff a. a. O. Pezold § 182 Nr. 30. G.-Saal 1873 S. 68. Wächter deutsch. Strafr. S. 387. Dagegen die bedenkliche Entscheidung Rsprch. I S. 28. Vgl. Schwarze a. a. O.

Digitized by Google

concreten Falles allerdings nicht zu vermeiden sein gewisse conventionelle Normen zu berücksichtigen, nach denen z. B. gewisse Worte, symbolische Handlungen u. s. w. allgemein oder innerhalb bestimmter gesellschaftlicher Kreise herkömmlich als beleidigend angesehen und gebraucht werden[1]). Dabei wird sich mitunter die Schwierigkeit ergeben die Beleidigung von der an sich als eine solche nicht zu betrachtenden Unhöflichkeit und Verletzung des gesellschaftlichen Anstandes zu unterscheiden. Gewiß kann eine solche Unhöflichkeit mit gutem Grunde als Ausdruck eines Mangels an Achtung empfunden werden, aber es wird dann daran festzuhalten sein, daß, so lange es sich nur um das Unterlassen einer herkömmlichen Ehrenbezeugung handelt, dies als strafbare Beleidigung nicht anzusehen ist, da im Verkehre der Privatpersonen ein rechtlich anzuerkennender Anspruch auf positive Ehrenerweisungen nicht begründet erscheint[2]). Anders verhält es sich in dieser Beziehung mit der Amtsehre, da zwar nicht der Beamte als Privatperson, wohl aber die rechtliche und sittliche Autorität, die er in seinem Amte zu vertreten berufen ist, von denen, welche mit ihr verkehren, eine positive Anerkennung der ihr schuldigen Achtung zu fordern hat[3]).

Object des Angriffes ist bei der Beleidigung die Ehre einer bestimmten Person. Bestimmt ist die Person des Beleidigten, wenn sie vom Thäter in irgend welcher Weise kenntlich gemacht war, sollte sie auch nur in einer dem Beleidigten selbst erkennbaren Weise bezeichnet sein[4]). Mittelbar kann Jemand in dem Sinne beleidigt werden, daß seine Ehre durch die unmittelbar gegen eine andere Person gerichtete Beleidigung zugleich auch verletzt wird. Mittelbare Injurien im Sinne des römischen Rechts, wonach unter gewissen in einer näheren sittlichen Beziehung stehenden Personen eine Einheit der Ehre vorausgesetzt, und der einen Person, wenn die andere beleidigt wurde, ein selbständiges Klagrecht zugestanden wird, sind dem deutschen Strafgesetzbuche unbekannt, und es kann das Gegentheil daraus nicht gefolgert werden, daß wegen Beleidigung der Ehefrau der Ehemann, wegen Beleidigung des unter väterlicher

1) Weber Injurien I S. 10. Feuerbach § 287. Martin § 164. Marezoll S. 435.

2) Weber a. a. O. S. 138. Henke II S. 275. Marezoll a. a. O. Grävell im N. Arch. III S. 196.

3) Weber a. a. O. III S. 193. Henke II S. 285. Marezoll S. 435.

4) Oppenhoff § 185 Nr. 10. Schwarze § 185 Nr. 7. Olshausen § 185 Nr. 11. Dochow a. a. O. S. 385.

Digitized by Google

Gewalt stehenden Kindes der Vater auf Bestrafung anzutragen befugt ist. Ohne Zweifel setzt in solchem Falle das Gesetz eine Beleidigung voraus, die lediglich gegen die Ehefrau oder das Kind, nicht zugleich gegen den Ehemann oder Vater gerichtet ist, und unbedenklich ist diesem das Recht auf Bestrafung anzutragen in Rücksicht auf sein eignes Interesse an der Sache und darum auch unabhängig von der Zustimmung der Beleidigten zugestanden. Gleichwohl steht dem nicht entgegen, daß der Ehemann oder Vater doch nicht als der mittelbar Beleidigte, sondern nur als der gesetzliche Vertreter der beleidigten Person auf Bestrafung anträgt[1]).

Eine Mehrheit natürlicher Personen kann unbedenklich insofern beleidigt werden, als sich die eine Beleidigung zugleich auf alle einzelnen Individuen bezieht und diese als solche genügend bestimmt erscheinen, und eben darum nicht, wenn die beleidigende Aeußerung auf eine unter irgend einem Collectivnamen zusammengefaßte Vielheit von Menschen sich bezieht und die beleidigten Individuen darum unbestimmt bleiben, weil der Thäter seiner Aeußerung nur eine durchschnittliche Geltung beilegte, die Absicht diese Aeußerung auf alle Einzelne als solche zu beziehen, also ausgeschlossen war[2]). Da-

1) Der § 195 des deutsch. Strfgb. stimmt wörtlich mit § 162 des preuß. Strfgb. überein, und im preuß. Strafrechte war allerdings die Frage ob § 162 die mittelbare Injurie im Sinne des röm. Rechtes anerkannt habe, streitig. Dafür entschieden sich Goltdammer Mat. II S. 339. Beseler Comment. S. 333. Vgl. Goltdammer in seinem Arch. XV S. 301 f. Dagegen Marcinowski in Goltd. Arch. XIII S. 254. Urth. d. Ob.-Trib. ebenda XXIV S. 353. Allerdings war man bei Redaction des § 162 davon ausgegangen eine mittelbare Beleidigung des Ehemanns und Vaters anzuerkennen, es ist dies aber in den Worten des Gesetzes die den Beleidigten und den antragsberechtigten Ehemann und Vater ausdrücklich unterscheiden, nicht geschehen. Die Motive zum II. Entwf. § 190 des deutsch. Strfgb. erklären ausdrücklich, daß es sich nicht um die s. g. mittelbare Injurie handle, sondern nur darum, die Rechte der Beleidigten besonders zu wahren. Dem gegenüber ist Herzog im G.-Saal 1872 S. 189 und Schwarze ebenda 1873 S. 175 und Comment. S. 545 zuzugeben, daß es sich in § 195 um mehr als dies, nämlich auch um das eigne Interesse des Ehemanns und Vaters handle, aber die rechtliche Anerkennung desselben bezeichnet den Ehemann und Vater immer noch nicht als den mittelbar Beleidigten. Vgl. Meves Strafrsztg. 1872 S. 569. Buchka im G.-Saal 1874 S. 523. Praktische Bedeutung gewinnt diese Frage in Betreff der Compensation im Sinne des § 199. Vgl. Schwarze a. a. O. S. 179. Freudenstein a. a. O. S. 56 f.

2) Die in den Entwürfen des preuß. Strfgb. enthaltenen Bestimmungen über Beleidigung von Gesellschaften, Ständen, Klassen von Personen, wie sie

Digitized by Google

mit steht die noch immer bestrittene Frage in Verbindung ob eine juristische Person beleidigt werden könne[1]). Daraus, daß der Staat einem Substrate, das nicht natürliche Person ist, eine rechtliche Handlungsfähigkeit beilegt, kann offenbar nicht gefolgert werden, daß er die juristische Person in irgend einer sonstigen Beziehung der natürlichen Person gleichgestellt, ihr auch eine bürgerliche Ehre beigelegt hätte. Kann er doch die juristische Person nicht einmal rücksichtlich ihrer Handlungsfähigkeit, die nur innerhalb bestimmter rechtlicher Grenzen existirt, der natürlichen Person gleichstellen, geschweige denn rücksichtlich ihrer sittlichen Bedeutung, die er auch der natürlichen Person nicht zu verleihen, sondern nur in ihr anzuerkennen hat. Ebendeshalb ist der Umstand, daß irgend einem Substrate das nicht Person ist die juristische Persönlichkeit beigelegt wurde, für die Frage ob dasselbe mögliches Object einer Beleidigung sein könne, völlig indifferent[2]), und nur darum kann es sich handeln ob irgend einem Verhältnisse menschlicher Gemeinschaft, gleichviel ob juristische Person oder nicht, ein sittlicher Werth zuzuerkennen sei, vermöge dessen es als solches in strafbarer Weise beleidigt werden kann.

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß das Sittliche seine Verwirklichung niemals nur finden kann am Individuum, sondern zugleich finden muß an der sittlichen Gemeinschaft der Menschen, daß der Einzelne nur als Glied der sittlichen Gemeinschaft, sich zur sittlichen Persönlichkeit entwickeln kann. So gewiß die sittliche Gemeinschaft nur denkbar ist als Vereinigung der vielen sittlich bestimmten Einzelnen, so wenig ist sie nur Summe der Vielen, nur Product ihres übereinstimmenden Wollens und Handelns, da

---

auch in andern Strfgb. — dem sächs., hannöv., braunschw., thüring. — enthalten waren, sind absichtlich aufgegeben worden, Goltd. Mat. II S. 343 und ebensowenig in das deutsch. Strfgb. aufgenommen. Gegen die Annahme solcher Beleidigungen Weber I S. 162. Mittermaier im Arch. 1836 S. 622. Köstlin Abhdlg. S. 25. von Buri a. a. O. S. 10. Dochow a. a. O. S. 339. Olshausen § 185 Nr. 12—14. Vgl. hiergegen ein bedenkliches Urtheil Rsprch. I S. 292.

1) Für die Beleidigungsfähigkeit der juristischen Person die gesammte ältere Literatur, aber auch noch Wächter II S. 81. Deutsch. Strafr. S. 388. Abegg § 244. Heffter § 303. Köstlin Abhdlg. S. 22. Zimmermann in Goltd. Arch. XXV S. 97.

2) von Buri Abhdlg. S. 10—12. Dochow a. a. O. S. 389. H. Meyer S. 465.

Digitized by Google

vielmehr umgekehrt das sittliche Wesen jedes Einzelnen auch Product der Gemeinschaft ist, die Gemeinschaft einerseits und die Einzelnen andrerseits in fortwährender sittlicher Wechselwirkung stehen. Der Einzelne ist sich darum bewußt unter dem Einflusse einer sittlichen Macht zu stehen, dessen er um seines eignen sittlichen Wesens willen bedarf, und es ist richtig und durchaus naturgemäß, wenn er jede Schädigung dieser Macht als ihn selbst treffend mitempfindet, sei es, daß sie veranlaßt ist, durch das unwürdige Verhalten eines Mitgliedes der Gemeinschaft, sei es daß von außen her die sittliche Würdigkeit eines Mitgliedes angefochten, negirt wird. Es wird der sittliche Werth der Gemeinschaft angetastet, wenn die Würdigkeit, die Ehre eines Gliedes bestritten wird, und es ist unrichtig eine von der Ehre der Einzelnen zu unterscheidende Ehre der Gemeinschaft darum zu leugnen, weil die letztere nichts Anderes als die Ehre der vielen Einzelnen sei, nur so lange und so weit existire als sie den Einzelnen zukommt[1]). Gewiß ist die Ehre der sittlichen Gemeinschaft nicht schlechthin unabhängig von der ihrer Glieder, und gewiß kann diese Gemeinschaft allen sittlichen Werth verlieren, wenn sie durch die unsittliche Willkür ihrer Glieder aufgelöst und zerstört wird. Daraus folgt aber nicht, daß die Ehre des Ganzen eine Fiction, die als Einheit gedachte Summe der Ehre aller Einzelnen sei, denn sie bethätigt und bewährt sich als eine durchaus reale, das sittliche Leben der Einzelnen bestimmende Macht, die sogar über das Leben des Einzelnen hinauswirkend einander folgende Generationen untereinander zu verbinden vermag[2]).

Eine andere Frage ist es ob und in wie weit der Ehre einer sittlichen Gemeinschaft von Menschen strafrechtlicher Schutz zu gewähren sei und durch die Gesetzgebung gewährt ist. In dieser Beziehung kommt in Betracht, daß ein derartiger strafrechtlicher Schutz der Gesetzgebung und Praxis außerordentliche Schwierigkeiten bereiten würde. Das Gesetz kann bestimmen welchen menschlichen Gemeinschaften rechtliche Handlungsfähigkeit und juristische Persönlichkeit zukommen solle, aber es kann keiner solchen Gemeinschaft

---

1) So Dochow a. a. O. S. 339. Schwarze S. 542. Bruhns im G.-Saal 1875 S. 481 f. Rubo § 185 Nr. 4. § 186 Nr. 7.

2) Für die Möglichkeit der Beleidigung einer Gemeinschaft Zimmermann in Goltd. Arch. XXV S. 97 f. Bolze ebenda XXVI S. 1 f. Schütze S. 355. Rüdorff § 185 Nr. 10. Olshausen § 185 Nr. 13.

Digitized by Google

einen sittlichen Werth, eine Ehre beilegen, ja es kann nicht einmal diejenigen Gemeinschaften in allgemeiner Weise bezeichnen die in ihrer Ehre rechtlich anerkannt und geschützt werden sollen. Es wird immer eine nur im concreten Falle zu beantwortende Frage sein, ob irgend einer Gemeinschaft von Menschen eine Ehre darum zuzuerkennen sei, weil sich in ihr ein eigenthümlicher, im Bewußtsein der Einzelnen sich reflectirender und diese bestimmender, sittlicher Geist gebildet habe, denn wenn sich auch gewisse Gemeinschaften angeben lassen die ihrem Wesen und ihrer Zweckbestimmung nach sittliche Gemeinschaften sind, so würde doch, wollte man sie gesetzlich als mögliche Objecte der Beleidigung bezeichnen, einerseits immer noch die Frage offen bleiben, ob sie im concreten Falle sich wirklich als beleidigungsfähige sittliche Gemeinschaften darstellen, und andrerseits würden damit andere Gemeinschaften, deren Glieder thatsächlich zu innerer sittlicher Gemeinschaft zusammen gewachsen sind, vom rechtlichen Schutze ihrer Ehre ausgeschlossen sein. Durchaus unzulässig würde es aber sein, dem Ermessen des Richters im concreten Falle es zu überlassen ob er eine Gemeinschaft von Menschen als mögliches Object der Beleidigung zu betrachten habe, denn die Grenzlinie ist hier im Leben eine so vage und fließende, daß es durchaus unthunlich erscheint sie mit aller Bestimmtheit ziehen zu wollen[1]). Es kommt aber auch ferner in Betracht, daß ein die entgegenstehenden Schwierigkeiten und Bedenken aufwiegendes praktisches Bedürfniß der Ehre einer sittlichen Gemeinschaft strafrechtlichen Schutz zu gewähren nicht anerkannt werden kann, denn gewiß wird, wenn nicht in allen so doch in den bei weitem meisten Fällen, in denen die Gemeinschaft als solche sich in ihrer Ehre gekränkt fühlt, die Beleidigung so beschaffen sein, daß sie gegen ein Glied der Gemeinschaft oder gegen alle Mitglieder derselben zugleich gerichtet erscheint und als solche strafrechtlich verfolgt werden kann.

Es ist hiernach durchaus zu billigen, wenn das Gesetz eine strafbare Beleidigung einer sittlichen Gemeinschaft von Menschen nicht kennt[2]), und nur ausnahmsweise und in beschränktem Maße hat das Gesetz die Familie als sittliche Gemeinschaft insoweit anerkannt und unter strafrechtlichen Schutz gestellt, als es die näch-

---

1) Bolze a. a. O. S. 5.

2) Oppenhoff § 185 Nr. 7. Schwarze S. 541 f. Dagegen Zimmermann a. a. O. S. 97. Das Gegentheil ergiebt sich auch nicht aus § 414 der Straf.-Prz.-Ord. worüber unten.

Digitized by Google

sten Familienglieder in ihrem sittlichen Gefühle in strafbarer Weise verletzt erachtet, wenn das Andenken eines verstorbenen Familiengliedes in verleumderischer Weise beschimpft wurde.

Das Gesetz kennt ferner aber allerdings Beleidigungen einer Behörde, einer gesetzgebenden Versammlung des Reiches oder eines Bundesstaates, so wie anderer politischer Körperschaften, also insoweit auch Beleidigungen collectiver Personeneinheiten, obwohl es sich bei Beleidigung einer Behörde nicht nothwendig um eine Personeneinheit handelt, da auch die nicht collegialische Behörde als solche beleidigt werden kann. Die rechtliche Ordnung fordert, daß Behörden und politische Körperschaften als höhere Macht über dem Willen der Individuen stehen und in dieser Machtstellung und Autorität anerkannt und geachtet werden. Es kann diese Machtstellung niemals nur auf dem Grunde materieller Machtmittel beruhen, sondern muß zugleich beruhen auf dem sittlichen Grunde des freien Gehorsams der Untergebenen, und die Behörde, der Staat selbst ist ohnmächtig, wenn diese allein sichere Basis seiner Macht erschüttert, zerstört ist. Die das Leben der Menschen bestimmenden sittlichen Mächte gewinnen ein concretes, endliches Dasein in den politischen Körperschaften, in den Behörden des Staates und der Kirche, und es kommt deshalb freilich nicht bloß darauf an diese mit Rechten und Machtbefugnissen auszurüsten, sondern auch darauf, sie in ihrer ungefährdeten Wirksamkeit durch strafrechtlichen Schutz zu sichern gegen Mißachtung des Ansehens und der Autorität, die sie als Vertreter und Organe sittlicher Mächte zu fordern haben. Mit Recht geht das Gesetz sogar noch einen Schritt weiter, indem es jenen sittlichen Mächten auch in ihrem unpersönlichen Dasein einen strafrechtlichen Schutz gewährt, und denjenigen für strafbar erklärt, der durch Verbreitung erdichteter Thatsachen Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit verächtlich macht, eine der christlichen Kirchen oder eine andere mit Corporationsrechten im Bundesgebiet bestehende Religionsgesellschaft, oder ihre Einrichtungen und Gebräuche beschimpft, Delicte von eigenthümlicher Bedeutung die nicht als Beleidigungen im eigentlichen Sinne betrachtet werden können[1]).

---

1) Zimmermann a. a. O. beruft sich auf diese Strafbestimmungen zum Beweise dafür, daß das Gesetz die Möglichkeit der Beleidigung juristischer Personen ganz allgemein anerkannt und nicht auf Behörden und politische Körperschaften beschränkt habe.

Digitized by Google

Handelt es sich um die Beleidigung einer Behörde, so würde es gewiß eine unzulässige Abstraction sein, wollte man das Amt und den Beamten, die Behörde und die sie bildenden Beamten von einander in der Art unterscheiden, daß nur das Amt, die Behörde im Unterschiede von den Beamten beleidigt sei. Die Behörde existirt nur in den als Behörde fungirenden Beamten, die gesetzgebende Versammlung, die politische Körperschaft nur in den ihre publicistischen Functionen ausübenden Mitgliedern. Gleichwohl wird die Beleidigung der Behörde und der ihr angehörenden Beamten, der politischen Körperschaft und ihrer Mitglieder, unterschieden werden müssen. Die Behörde, die politische Körperschaft ist beleidigt, wenn sie als solche fungirend beschimpft wird, wenn ihr in beleidigender Weise Handlungen vorgeworfen werden, die als Handlungen der Behörde, der politischen Körperschaft als solcher erscheinen und zu betrachten sind. In solchen Fällen ist die Behörde beleidigt, nicht bloß wenn sie eine collegialische, sondern auch, wenn sie eine bureaukratische nur mit einem Beamten besetzte ist. Aber nicht jeder seinen Beruf ausübender Beamte ist Behörde, namentlich nicht der im Auftrage der Behörde handelnde Vollzugsbeamte, und der Beamte, nicht die Behörde ist beleidigt, wenn ein solcher Beamter in Ausübung seines Berufes beleidigt wird, oder in Bezug auf die Ausübung seines Berufes. Nicht die Behörde, nicht die politische Körperschaft, sondern ein Mitglied, viele, alle Mitglieder derselben sind beleidigt, wenn ihnen verleumderisch Handlungen vorgeworfen werden, die nicht als Handlungen der Behörde, der politischen Körperschaft, sondern nur als Handlungen der Privatperson, wenn auch in Mißbrauch ihrer öffentlichen Stellung, gedacht werden können[1]).

Soweit aber nach den gesetzlichen Bestimmungen die Behörde, die politische Körperschaft als beleidigt zu betrachten ist, würde es unzulässig sein eine solche Beleidigung wiederum nur als die einzelner bestimmter Individuen zu behandeln. Die beleidigte Behörde, nicht deren Mitglieder, wird darum als solche den Strafantrag zu stellen befugt sein, ohne Rücksicht darauf, ob sie noch aus den selbigen Beamten besteht wie zur Zeit der Beleidigung[2]), nur die

---

1) Bolze a. a. O. S. 12—14. Oppenhoff § 196 Nr. 4.

2) Oppenhoff § 196 Nr. 3. 17. 19. Olshausen § 196 Nr. 2. Bolze a. a. O. S. 16. Bayer. Kass.-H. in Goltd. Arch. XXVI S. 231. Dochow a. a. O. S. 364. Dagegen Rüdorff § 196 Nr. 2. Zimmerle § 196 Nr. 41.

Digitized by Google

politische Körperschaft als solche fungirend, nicht deren Mitglieder in ihrer Mehrheit oder Gesammtheit, hat die Ermächtigung zur Strafverfolgung zu ertheilen, und wiederum ohne Rücksicht darauf, ob sie noch aus denselben Mitgliedern besteht wie zur Zeit der Beleidigung oder wenigstens noch einige der damaligen Mitglieder umfaßt [1]).

Daß der Beleidigte die Beleidigung als solche empfunden habe ist nicht erforderlich, und auch das Kind dem das Bewußtsein seines sittlichen Werthes und ein entwickeltes Ehrgefühl noch mangelt, ebenso wie andere unzurechnungsfähige Personen können beleidigt werden [2]). Gewiß hat ihr sittlicher Werth eine andere Bedeutung als der anderer Personen, es kann ihnen aber nicht jeder Werth abgesprochen werden, und mindestens muß auch in ihnen die menschliche Würde gegen entwürdigende Behandlung geschützt werden. Für die Frage ob eine bestimmte Handlung als beleidigend zu betrachten sei, wird es freilich von Bedeutung sein ob sie gegen eine unzurechnungsfähige Person oder gegen eine andere sich richtete, aber jene Frage läßt sich in allen Fällen nur in Rücksicht auf die Individualität des angeblich Beleidigten und die besondern Umstände des concreten Falles beantworten.

Darüber, daß es keinen Menschen giebt an dem als an einem Ehrlosen eine strafbare Beleidigung niemals verübt werden könnte, besteht heut kein Zweifel mehr [3]). Hat die Ehrlosigkeit nur die Bedeutung, daß dem betreffenden Menschen gewisse Ehrenrechte entzogen sind, womit freilich zugleich seine sittliche Unwürdigkeit zur Ausübung dieser Rechte ausgesprochen ist, so folgt, daß er, wie nicht absolut rechtlos so auch nicht absolut ehrlos ist, und darum auch in strafbarer Weise beleidigt werden kann. Wenn man aber wie gewöhnlich den Grundsatz aufstellt, daß der Ehrlose in

---

1) Oppenhoff § 197 Nr. 5. Olshausen § 197 Nr. 4.

2) Berner S. 445. Schütze S. 355. Dochow a. a. O. S. 338. Oppenhoff § 185 Nr. 4. Schwarze § 185 Nr. 6. Freudenstein a. a. O. S. 50. Dagegen von Buri a. a. O. S. 8 der mißachtende Behandlung des Unzurechnungsfähigen nur als Angriff auf die körperliche Integrität für strafbar erachtet. Warum es, wie er anführt, bedeutungslos und nicht beleidigend sein soll, wenn von dem noch nicht zwölfjährigen Kinde gesagt wird es habe gestohlen, ist nicht einzusehen.

3) Noch bis zu Feuerbach § 277 war es die herrschende Ansicht, daß der Ehrlose nicht beleidigt werden könne, dagegen Mittelmaier z. F. § 277 Nr. 2. Köstlin Abhdlg. S. 17.

Digitized by Google

so weit nicht beleidigt werden könne, als ihm seine Ehre rechtlich entzogen ist, so kann selbst dieser Satz als völlig richtig insofern nicht anerkannt werden, als man damit einen absonderlichen nur den Ehrlosen treffenden Grundsatz auszusprechen meint. Wer, ohne daß ein sonstiges Moment der Widerrechtlichkeit hinzutritt, einfach die Thatsache ausspricht, daß der Ehrlose eine Ehrenstrafe erlitten habe, begeht freilich keine Beleidigung, ebensowenig wie der, welcher dem Nichtehrlosen gegenüber eine den sittlichen Werth desselben beeinträchtigende wahre Thatsache behauptet. Soll dies dem Ehrlosen gegenüber seinen Grund darin haben, daß ihm das Maß der Ehre, das verletzt erscheinen könnte, mangelt, so würde man auch in Betreff aller anderen Personen den allgemeinen Satz aufstellen müssen, daß sie nicht unbedingt mögliche Objecte der Beleidigung seien, sondern nur insoweit, als ihnen der sittliche Werth wirklich zukommt, der als angetastet erscheinen könnte. Es ist nun gewiß richtig, daß im Ehrlosen wie in jedem andern Menschen diejenige Ehre die nicht vorhanden ist, nicht verletzt werden kann[1]), aber es ist dies etwas nur im concreten Falle zu Berücksichtigendes, was bei der Bestimmung des Thatbestandes der Beleidigung nicht in Betracht kommen kann. Immer aber ist daran festzuhalten, daß dem Ehrlosen wie jeder andern Person gegenüber auch die wahre Thatsache eines sittlichen Mangels, gleichviel ob sie durch richterliches Urtheil festgestellt oder sonst erweislich ist, in rechtswidriger, beleidigender Weise behauptet und geltend gemacht werden kann, indem die wahre Thatsache benutzt wird, um den sittlichen Werth des Angegriffenen in seiner Allgemeinheit anzutasten. Auch der thatsächlich durch das eigene Verhalten kundgegebene sittliche Mangel kann innerlich überwunden und ergänzt werden, und darf darum nicht für alle Zeit als gültiger Beweis allgemeiner sittlicher Werth-

1) Daran anknüpfend sucht von Buri Abhdlg. S. 26 die Möglichkeit der culposen Beleidigung nachzuweisen. Wer in schuldhaftem Irrthum den Mangel eines sittlichen Werthes des Andern annimmt, soll sich durch eine diesen, gleichwohl vorhandenen, Werth absprechende Aeußerung einer culposen Beleidigung schuldig machen. Aber kein Mensch ist sittlich völlig werthlos, und eine die Ehre in allgemeiner Weise negirende Aeußerung ist immer dolose Beleidigung. In fest begrenztem Maße läßt sich die Ehre des Andern nur antasten, indem man ihm ehrenrührige Handlungen vorwirft, wer aber in schuldhaftem Irrthum die behaupteten unwahren Thatsachen für wahr hält, begeht wiederum keine culpose Beleidigung. Darüber weiter unten in Betreff der Verleumdung.

Digitized by Google

losigkeit des Menschen angesehen werden, wenn daraus nicht die Gefahr erwachsen soll, daß ihm vermöge des mangelnden rechtlichen Schutzes seines Ehrgefühls, die Möglichkeit sich im eignen Bewußtsein und in der Achtung Anderer herzustellen, und damit alle Ehre und aller sittlicher Werth verloren geht.

§ 48. Die Beleidigung erfordert rücksichtlich der Handlung. 1) in subjectiver Beziehung den Dolus, der hier als Absicht zu beleidigen, als **animus injuriandi** erscheint[1]). Diese Absicht fordert aber nicht mehr als eine vorsätzliche Thätigkeit, die mit dem Bewußtsein, daß sie geeignet ist zu beleidigen und mit der Willensbestimmung dies zu thun, verübt wurde, denn wer vorsätzlich eine solche Thätigkeit mit dem Bewußtsein ihrer Bedeutung und Wirksamkeit ausübt, der beabsichtigte auch ihre Wirkung, den eingetretenen Erfolg. Es darf darum der **animus injuriandi** nicht noch jenseits dieser Absicht in dem Zwecke des Thäters, etwa in der Befriedigung gesucht werden, die ihm aus dem Bewußtsein erwächst, daß der Beleidigte sich gekränkt fühlt, denn die Beleidigung ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Thäter, gegen dieses Gefühl völlig gleichgiltig, die Beleidigung als Mittel für irgend einen anderweitigen Zweck verübt[2]). Unrichtig ist es darum, wenn man zwar in allen Fällen den **animus injuriandi** fordert, in manchen Fällen aber auch dies für erforderlich erachtet, daß der Thäter den Zweck hatte seine Befriedigung in der vom Beleidigten empfundenen Kränkung zu suchen[3]), denn es kann zwar Fälle geben in denen der Zweck des Thäters insofern von Bedeutung ist, als sich aus ihm die rechtswidrige Absicht zu beleidigen ergiebt, aber es ist darum der **animus injuriandi** hier kein anderer als in anderen Fällen, und es ist auch hier der Zweck des Thäters für den Thatbestand der Beleidigung gleichgiltig.

Unrichtig ist es andrerseits ebenso, wenn man die Absicht zu beleidigen nicht für erforderlich erachtet. Es ist dieser Grundsatz, wenn nicht in der Fassung, so doch sachlich allerdings als richtig

---

1) Näheres über den animus injuriandi, insbesondere die ältere Literatur in Hälschner Syst. II S. 256 f.

2) Darin, daß der Zweck des Thäters für den Thatbestand der Beleidigung indifferent sei, herrscht heut im Wesentlichen Uebereinstimmung. Weber I S. 51. Abegg § 296. Heffter § 302. Marezoll S. 436. Berner S. 448. von Buri S. 29. H. Meyer S. 472. Schütze S. 356. Schwarze S. 537. Olshausen § 185 Nr. 16.

3) Köstlin Abhdlg. S. 55. Wächter II S. 94.

Digitized by Google

anzuerkennen, wenn man damit nur, wie es häufig der Fall ist, den Zweck des Thäters als indifferent für den Thatbestand der Beleidigung erklären will. Es ist ferner richtig, daß der Thatbestand der Beleidigung nicht einen vom Gesetze näher bezeichneten Erfolg als beabsichtigt erfordert, nicht die Absicht, daß der Beleidigte sich gekränkt fühle, nicht die Absicht, daß seine Ehre in der Meinung Anderer Schaden leide. Die Beleidigung gehört also zu der Klasse von Delicten deren Thatbestand nicht einen vom Gesetze bezeichneten Erfolg, sondern nur eine bestimmte Art der vorsätzlichen Thätigkeit fordert. Immerhin fordert der Thatbestand auch aller dieser Delicte doch denjenigen Erfolg, der durch die näher bezeichnete Art der Thätigkeit von selbst mitbezeichnet ist, und mag die Absicht des Thäters auf einen über diesen hinausreichenden, für den Thatbestand des Delictes indifferenten Enderfolg gerichtet sein, so ist die Absicht doch unvermeidlich auch auf jenen bezogen[1]). Fordert die Beleidigung eine vorsätzliche Thätigkeit mit dem Bewußtsein, daß sie geeignet ist die Mißachtung eines Andern kund zu geben, so fordert sie sicher auch die Absicht, daß diese Mißachtung kund werde, und zwar kund werde als eine beleidigende. Hierbei kommt aber in Betracht, daß nicht eine jede bewußte, vorsätzliche Kundgebung der Mißachtung im Sinne des Gesetzes auch eine beleidigende ist. Es möchte an sich nicht unzulässig sein eine jede bewußte, vorsätzliche Kundgebung durch die der sittliche Werth eines Andern negirt, damit ihm ein Leid zugefügt wird, als Beleidigung zu bezeichnen. Unter dieser Voraussetzung würde man aber erlaubte, straflose und rechtswidrige, strafbare Beleidigungen unterscheiden müssen, während das Gesetz, wie der herrschende Sprach-

1) Vgl. oben Band 1. S. 280. Eine vorsätzliche Thätigkeit die nicht irgend einen Erfolg hätte, und nicht auf einen beabsichtigten Erfolg bezogen wäre, ist undenkbar. Ist zur Beleidigung die Absicht zu beleidigen nicht erforderlich, so würde man ebenso behaupten können, daß nach der Fassung des § 211 zum Morde die Absicht zu tödten nicht erforderlich sei. Diese Consequenz hat von Buri im G.-Saal 1881 S. 423 wirklich gezogen, indem er behauptet es genüge das Bewußtsein der Nothwendigkeit des tödtlichen Erfolges. Das Bewußtsein der Nothwendigkeit des Erfolges ist aber hier so wenig wie jemals erforderlich, denn der gewollte Erfolg ist immer nur das mögliche, nie das nothwendige Ergebniß der Thätigkeit. Auch der ist Mörder der vorsätzlich mit dem Bewußtsein tödtete, daß der tödtliche Erfolg sehr zweifelhaft sei. Wie aber Jemand vorsätzlich eine Thätigkeit, deren er sich als einer tödtenden bewußt ist, ausüben könnte, ohne den Tod zu wollen, zu beabsichtigen, ist unverständlich.

Digitized by Google

gebrauch, die Beleidigung in allen Fällen als rechtswidrig und strafbar betrachtet. Zur Beleidigung im Sinne des Gesetzes genügt darum nicht das Bewußtsein der den sittlichen Werth des Andern negirenden Bedeutung der Kundgebung, sondern es wird weiter auch das Bewußtsein ihrer Rechtswidrigkeit erfordert. Die in allen Fällen erforderliche Absicht zu beleidigen besteht also in der Absicht die Mißachtung eines Andern in rechtswidriger Weise kund werden zu lassen[1]).

Giebt es keine Thatsache und Thätigkeit die unabhängig von der Absicht zu beleidigen geeignet wäre die Ehre zu verletzen, so kann auch von einer culposen Beleidigung nicht die Rede sein, Wenn man früherhin die Möglichkeit einer solchen gleichwohl behauptet hat, so lag der Grund davon in der irrigen Auffassung des animus injuriandi, in Betreff dessen man weiter gehende Anforderungen als die angegebenen machte, und deshalb, wo diesen nicht genügt schien, sich mit der Annahme einer culposen Injurie zu helfen suchte[2]). Aus anderen Gründen wird die Möglichkeit der culposen Beleidigung auch neuerdings behauptet[3]). Daß es Jedem

---

1) Der Grundsatz, daß es zur Beleidigung der Absicht zu beleidigen nicht bedürfe, ist ein Ergebniß der preuß. Praxis. Wenn das Ob.-Trib. — Rsprch. VII S. 493 — aussprach, es bedürfe einer besonderen Absicht nicht, so war dies insofern richtig, als ein näher bezeichneter, beabsichtigter Erfolg der Beleidigung nicht erforderlich ist. Ebenso richtig ist es, — Rsprch. IX S. 485 — daß als dolus das Bewußtsein von dem beleidigenden Charakter der Kundgebung genüge, aber unrichtig, wenn dann nicht nur das Erforderniß einer besondern Absicht, sondern der Absicht zu beleidigen überhaupt geleugnet wird, denn mit jenem Bewußtsein über die Bedeutung der vorsätzlichen Kundgebung ist unvermeidlich auch der rechtswidrige Wille, die Absicht, daß die Mißachtung kund werde, verbunden. Durch jenen Satz, daß die Absicht zu beleidigen nicht erforderlich sei, hat man sich weiter verleiten lassen sogar zu behaupten, die objective injuriöse Handlung sei strafbar selbst dann, wenn der Mangel einer Absicht zu beleidigen festgestellt sei. Goltd. Arch. IX S. 134. Das Reichs-Gericht hält an jenem Satze fest, Rsprch. I S. 116, ebenso Oppenhoff § 185 Nr. 27. Rüdorff § 185 Nr. 4. Olshausen § 185 Nr. 16. Freudenstein a. a. O. S. 13. Dagegen John Ztschrft. f. Strfrw. I S. 297. Dochow a. a. O. S. 341 der die Beleidigung ohne Absicht zu beleidigen für unmöglich erklärt, aber es gleichwohl für irrelevant erklärt ob die Absicht auf Ehrverletzung ging.

2) Vgl. Hälschner Syst. II S. 256.

3) von Buri a. a. O. S. 26. 89. H. Meyer S. 472, der aber die culpose Beleidigung als gesetzlich straflos betrachtet, ebenso v. Liszt S. 321.



Digitized by Google

vollkommen frei stehe sich sein Urtheil über den sittlichen Werth Anderer zu bilden und in seinem Verhalten sich durch dasselbe bestimmen zu lassen, ist die nothwendige Voraussetzung des Verkehrslebens, weiter aber auch dies, daß Jeder befugt sei, wo ein erlaubter oder berechtigter Zweck es fordert, sein der Ehre eines Andern nachtheiliges Urtheil Anderen mitzutheilen. Mag solche Mittheilung in jeder andern Beziehung dem Thatbestande der Beleidigung entsprechen, so doch um des Zweckes willen darum nicht, weil der Handlung der Charakter der Rechtswidrigkeit mangelt[1]). Ist aber die Mittheilung eine nicht gerechtfertigte, so wird der Thatbestand der Beleidigung dadurch nicht ausgeschlossen, daß sie vertraulich, in der Absicht, daß der Beleidigte sie nicht erfahren solle, erfolgte, und es liegt eine dolose, nicht eine culpose Beleidigung vor, wenn der Beleidigte gegen die Absicht des Thäters sie erfuhr[2]). Ebensowenig kann von einer culposen Beleidigung die Rede sein, wenn diese in einem nicht zur Mittheilung bestimmten Schriftstücke ausgesprochen wird, das gegen die Absicht des Thäters dem Betreffenden in die Hand fällt[3]), denn der Thäter hat nur von seinem Rechte Gebrauch gemacht sich sein sittliches Urtheil über Andere völlig frei zu bilden.

Die beleidigende Handlung erfordert 2) in objectiver Beziehung ein Benehmen das geeignet erscheint die Nichtachtung des Beleidigten kund zu geben. Die Frage welches Benehmen hierzu geeignet sei, läßt sich niemals nur in Rücksicht auf die objective Beschaffenheit der Handlung beurtheilen, denn es giebt überhaupt kein Benehmen, das, vom animus injuriandi völlig abgesehen, schon an sich geeignet wäre als beleidigend zu erscheinen. Die Ehre ist ihrer Natur nach ein Gut, das einer Beschädigung durch irgend welche natürliche Macht entrückt ist, das nur durch das sittliche Urtheil anderer Menschen berührt werden kann. Dar-

---

1) Darüber weiter unten.

2) v. Buri a. a. O. S. 38 unterscheidet die Injurie in abstracto und in concreto d. h. die, welche der Beleidigte erfährt, betrachtet nur letztere als strafbar, weil nur sie eine concrete Rechtsverletzung enthalte, und nimmt darum culpose Injurie an, wenn sie der Beleidigte in Folge Unvorsichtigkeit des Thäters in Erfahrung bringt. Fehlt die concrete Rechtsverletzung, wenn die Ehre einer bestimmten Person hinter deren Rücken beschädigt wird? Ueber Beleidigung durch vertrauliche Mittheilung vgl. Köstlin a. a. O. S. 37. Dochow a. a. O. S. 344. H. Meyer S. 472. Oppenhoff § 185 Nr. 14.

3) So von Buri a. a. O. S. 89. Dagegen Freudenstein a. a. O. S. 13.

Digitized by Google

um kann die zum Thatbestande des Delictes erforderliche Beschädigung bei der Beleidigung niemals, wie bei Tödtung, Körperverletzung, Sachbeschädigung u. s. w. ohne alle Rücksicht auf ihre Ursache rein objectiv festgestellt werden, vielmehr ist das objective Erforderniß der Beleidigung, das **factum injuriosum** immer nur in Verbindung mit dem subjectiven Momente, dem **animus injuriandi**, festzustellen. Eben darum ist jede Unterscheidung der objectiv, absolut injuriösen Handlungen, und der subjectiv oder relativ injuriösen verwerflich[1]), und ein Unterschied rücksichtlich der objectiven Beschaffenheit der Handlung findet nur insofern statt, als die eine Handlung mehr als die andere geeignet erscheint den Schluß zu rechtfertigen, daß sie mit der Absicht zu beleidigen verübt sei. Auch die Handlung welche an sich betrachtet wenig oder gar nicht geeignet erscheint einen solchen Schluß zuzulassen, kann je nach den Umständen des concreten Falles sehr wohl eine beleidigende sein. Andrerseits ist aber auch die objective Beschaffenheit der Handlung nicht in dem Maße gleichgiltig, daß unter der Voraussetzung des **animus injuriandi** jedes Benehmen geeignet wäre als Beleidigung zu erscheinen. Es ist keine Beleidigung vorhanden, wenn die Handlung so beschaffen ist, daß der wirklich vorhandene **animus injuriandi** durch sie nicht zum Ausdrucke gelangt. Daher kann es nur darauf ankommen, daß die Handlung geeignet sei, den wirklich vorhandenen **animus injuriandi** in erkennbarer Weise zur Darstellung zu bringen[2]). Für besondere Formen der Beleidigung hat das Gesetz ausdrücklich festgestellt, daß die Handlung geeignet sein muß, den Beleidigten verächtlich zu machen[3]).

Die beleidigende Handlung erfordert 3) daß sie eine rechtswidrige sei, und das ist die vorsätzliche Kundgebung der Mißachtung

---

1) Ueber die Verwerflichkeit solcher der früheren Doctrin angehörenden Unterscheidung, der auch noch Köstlin a. a. O. S. 56 folgte und die in der preuß. Praxis noch lange nachwirkte, besteht jetzt wohl kaum ein Zweifel. Es handelte sich dabei eigentlich um die für den Thatbestand der Beleidigung indifferente Beweisfrage. Vgl. Hälschner Syst. II S. 259 f. John Kritik strafr. Entschdg. S. 215 f. Dochow a. a. O. S. 344. Freudenstein S. 14 f.

2) Dochow a. a. O. S. 343. H. Meyer S. 469. Schwarze S. 537. Schütze S. 357. Wie die frühere Praxis, so bedient sich auch das Reichs-Gericht der unklaren und besser zu vermeidenden Ausdrücke: „objectiv injuriöse, beleidigende Aeußerungen", „Aeußerungen objectiv beleidigenden Charakters" u. s. w. Rsprch. I S. 171. 241. 476.

3) Strfgb. § 186. 187.

Digitized by Google

eines Anderen in allen Fällen, in denen sie nicht ausnahmsweise vermöge besonderen Grundes gerechtfertigt erscheint. Wird zwar dadurch, daß ein solcher Grund vorliegt nicht ausgeschlossen, daß sie mit dem Bewußtsein ihrer die Ehre verletzenden Beschaffenheit, und darum auch mit der Absicht einen Andern an seiner Ehre anzugreifen, vorgenommen wird, so ist doch um des Zweckes der Handlung willen diese Absicht selbst eine berechtigte und jede Verschuldung ausschließende. Während also für den Thatbestand der Beleidigung der Zweck des Thäters gleichgiltig ist, kommt derselbe allerdings insoweit in Betracht, als durch denselben möglicherweise die Rechtswidrigkeit der Absicht und damit der Thatbestand der strafbaren Beleidigung ausgeschlossen erscheint.

Kann es an sich keinem Zweifel unterliegen, daß durch eine als berechtigt anzuerkennende Handlung sich Niemand strafbar machen kann, so erscheint es auch als überflüssig dies im Gesetze ausdrücklich auszusprechen. Gleichwohl hat das deutsche Strafgesetzbuch, darin dem preußischen folgend, um möglichen Mißverständnissen zu begegnen, es für nöthig erachtet, darauf ausdrücklich hinzuweisen, daß eine strafbare Beleidigung nicht anzunehmen sei, wenn und soweit die betreffende Handlung als eine berechtigte anerkannt werden muß[1]).

Wenn in § 193 auf Fälle hingewiesen wird in denen eine strafbare Beleidigung nicht anzunehmen sei, so sind allerdings die Gründe, vermöge deren die Beleidigung ausgeschlossen erscheint, verschiedener Art. Tadelnde Urtheile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen sollen, obwohl sich der Getadelte durch sie gekränkt fühlen mag, an sich nicht als strafbar betrachtet werden, und der Grund dafür kann nur der sein, daß solche Urtheile den sittlichen Werth der Person unberührt lassen. Es versteht sich von selbst, daß von tadelnden Urtheilen über anders geartete Leistungen, soweit sie den sittlichen Werth der Person nicht antasten, das Gleiche gilt, so z. B. von tadelnder Kritik der Amtshandlungen der Beamten und Behörden[2]). Bei den weiteren im Gesetze angeführten Aeußerungen, die an sich nicht als strafbare

1) Strfgb. § 193. Vgl. Motive z. II. Entwf. § 188. Das lübische Strfgb. hatte eine dem entsprechende Bestimmung als überflüssig weggelassen.

2) John Entwurf zu einem Strfgb. S. 409 hatte darum vorgeschlagen im Gesetze auch tadelnde Urtheile über Amtshandlungen ausdrücklich zu nennen. Freudenstein S. 82.

Digitized by Google

Beleidigung betrachtet werden sollen, handelt es sich dagegen um Fälle in denen allerdings die Person in ihrem sittlichen Werthe getroffen wird, aber um solche in denen die Aeußerung um ihres Zweckes willen berechtigt und deshalb nicht als Beleidigung, nicht strafbar erscheint. Es werden hier genannt 1) Aeußerungen, welche zur Ausführung oder Vertheidigung von Rechten gemacht wurden. Vorausgesetzt wird also, daß diese Aeußerungen gemacht wurden, um als Mittel zum Zwecke der Ausführung oder Vertheidigung von Rechten zu dienen, während selbstverständlich nicht jede bei Gelegenheit der Ausführung und Vertheidigung von Rechten gemachte beleidigende Aeußerung als straflos zu betrachten ist[1]). Ist es der berechtigte Zweck der Aeußerung vermöge deren die rechtswidrige Absicht zu beleidigen ausgeschlossen erscheint, so folgt von selbst, daß es gleichgiltig ist, ob das betreffende Recht als begründet anzuerkennen ist, oder ob der Thäter irrthümlich es als begründet betrachtete[2]), ob die betreffende Aeußerung zur Ausführung und Vertheidigung des Rechtes wirklich erforderlich und dienstlich war, oder ob der Thäter sie irrthümlich als solche betrachtete[3]), ob sie zur Ausführung und Vertheidigung des eignen oder eines fremden Rechtes gemacht wurde[4]). Handelt es sich um die Wahrnehmung des fremden Rechtes, so kann freilich der Verdacht nahe liegen, daß der Thäter nur die Gelegenheit benutzte um in rechtswidriger Absicht eine Beleidigung straflos zu verüben. Daraus folgt nicht, daß die gesetzliche Bestimmung auf die Wahrnehmung des eigenen Rechtes, oder doch auf die Fälle zu beschränken sei, in denen ein eigenes berechtigtes Interesse das fremde Recht zu wahren vorhanden sei, sondern nur dies, daß sorgsam festzustellen ist ob die Aeußerung wirklich nur um des im Gesetze bezeichneten Zweckes willen gemacht wurde.

Wenn ferner 2) Aeußerungen zur Wahrnehmung berechtigter Interessen genannt werden[5]), so ergiebt sich von selbst, daß damit

1) Schwarze § 193 Nr. 9. Rüdorff § 193 Nr. 8. Goltd. Arch. XXIII S. 54. Rsprch. III S. 404.

2) Schwarze § 193 Nr. 8. Rüdorff a. a. O. Freudenstein S. 86. Olshausen § 193 Nr. 6. Oppenhoff § 193 Nr. 9. 19. Dagegen Goltd. Arch. XXIV S. 575.

3) Oppenhoff § 193 Nr. 20. Rüdorff § 193 Nr. 8.

4) Oppenhoff § 193 Nr. 8. Schwarze § 193 Nr. 7. Freudenstein S. 85. Rsprch. I S. 171. IV S. 648. Entsch. II S. 252.

5) Diese in § 154 des preuß. Strfgb. nicht enthaltene Bestimmung ist durch den Reichstag eingefügt worden.

Digitized by Google

nicht rechtliche Interessen, Rechte, sondern nur solche Interessen gemeint sind, deren Wahrnehmung rechtlich erlaubt ist, und auch hier handelt es sich nicht bloß um Wahrnehmung der eignen, sondern auch fremder Interessen[1]). Allerdings kann, wenn die ehrverletzende Aeußerung angeblich zur Wahrnehmung fremder berechtigter Interessen gemacht wurde, die Beantwortung der Frage Schwierigkeiten bereiten, ob die Strafbarkeit als durch den Zweck des Thäters ausgeschlossen zu betrachten sei. In dieser Beziehung wird daran festzuhalten sein, daß es eine nicht als berechtigt anzuerkennende Anmaßung sein würde, wenn sich Jemand zum allgemeinen Sittenrichter aufwerfen und sich für berufen ansehen wollte sein sittliches Urtheil über Andere überall und rückhaltlos auszusprechen, angeblich um damit dem Interesse Anderer, dem öffentlichen Interesse zu dienen, und dieser Grundsatz wird auch der Presse gegenüber festzuhalten sein[2]). Wer sich berufen fühlt im öffentlichen Interesse dem Unsittlichen entgegen zu treten wird es straflos thun können, indem er wahre Thatsachen mittheilt auf Grund deren Andere sich ihr Urtheil zu bilden vermögen, indem er das Unsittliche aufdeckt und rügt, ohne die Ehre bestimmter Personen zu verletzen. Wohl aber kann auch die eine bestimmte Person in ihrer Ehre tangirende, auch öffentliche Aeußerung, durch den Zweck das fremde Interesse wahrzunehmen gerechtfertigt erscheinen, wofern nämlich im concreten Falle für den Thäter ein besonderer Anlaß vorlag vermöge dessen er sich mit Fug zu seiner Aeußerung berufen erachten durfte[3]), und eben dies festzustellen wird dem verständigen richterlichen Ermessen überlassen bleiben müssen. Ein solcher Anlaß wird besonders dann vorliegen, wenn der Thäter zu seiner Aeußerung von einem Andern aufgefordert wurde, der das Interesse hat sein Verhalten zu der betreffenden Person von einem sachkundigen Urtheile über ihren sittlichen Werth abhängig zu machen[4]). In solchen Fällen

---

1) Oppenhoff § 193 Nr. 15. Rüdorff § 193 Nr. 3. 3a. 3b. Schwarze § 193 Nr. 7. 10. Olshausen § 193 Nr. 5. Rubo § 193 Nr. 4. 5. Rsprch. I S. 260. Entsch. V S. 121.

2) Vgl. Rsprch. V S. 490.

3) Die Praxis fordert ein berechtigtes Interesse für das fremde Interesse einzutreten, eine concrete nähere Beziehung des Thäters zu dem fremden Interesse. Rsprch. I S. 260. IV S. 648. Pezold § 193 Nr. 13. Zimmerle § 193 Nr. 21—23. Oppenhoff, Schwarze, Rüdorff a. a. O.

4) Schwarze § 193 Nr. 7. Freudenstein S. 88. Goltd. Arch. XXII S. 121. XXV S. 531.

Digitized by Google

wird auch die Frage von Interesse sein ob die Aeußerung eine vertrauliche war, denn soll sie um ihres Zweckes willen straflos sein, so ist sie dies auch nur, wenn die Mittheilung nur so weit geschah als der Zweck dies fordert, nicht aber wenn ihr eine über diesen Zweck hinausreichende allgemeinere Verbreitung gegeben wird [1]).

Wenn im Anschlusse an Art. 30 der Reichsverfassung § 11 des Strafgesetzbuches bestimmt, daß ebenso wie kein Mitglied des Reichstages, kein Mitglied eines Landtages oder einer Kammer eines zum Reiche gehörigen Staates außerhalb der Versammlung zu welcher das Mitglied gehört, wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufes gethanen Aeußerungen zur Verantwortung gezogen werden darf, so ist der nächste Grund dafür auch in diesem Falle der, daß solche Aeußerungen, weil zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht, nicht strafbar sind [2]). Damit ist nicht ausgeschlossen, daß nicht auch ein Mitglied des Reichstages oder eines Landtages sich durch Aeußerungen in Ausübung seines Berufes einer an sich strafbaren Beleidigung schuldig machen könnte, aber es ist eine aus nahe liegenden Gründen sich erklärende exceptionelle Bestimmung, daß auch solche Aeußerungen nicht strafrechtlich verfolgt, sondern nur innerhalb der Versammlung disciplinarisch gerügt werden können [3]). Damit ergiebt sich von selbst, daß Aeußerungen die im Reichstage oder einem Landtage in Ausübung ihres Berufes von Personen gemacht wurden, die nicht Mitglieder des Reichstages oder Landtages sind, der strafrechtlichen Verfolgung unterliegen soweit nicht auch bei ihnen die Beleidigung durch den Zweck berechtigte Interessen wahrzunehmen ausgeschlossen erscheint.

---

1) Dies gilt also auch dann, wenn die durch ihren Zweck gerechtfertigte Aeußerung, von Anderen da wiederholt und weiter verbreitet wird, wo von solchem Zwecke nicht mehr die Rede ist. Deshalb ist ein beleidigende Aeußerungen enthaltender Zeitungsbericht über öffentliche Gerichtsverhandlungen nicht schon deshalb straflos weil er wahrheitsgetreu ist. Oppenhoff § 193 Nr. 16. v. Liszt Das Reichs-Preßrecht S. 161. Rsprch. I S. 89. Vgl. John Ztschft. f. St.-R.-W. I S. 285. Dagegen Berner Lehrb. d. deutsch. Preßrechtes S. 260.

2) Es wird sich bei solchen Aeußerungen strafrechtlich in der Regel nur darum handeln, ob sie als beleidigend zu betrachten sind. Ausnahmsweise könnten sie etwa auch als Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetz und Obrigkeit oder zur Verübung strafbarer Handlungen erscheinen.

3) Heinze Die Strafloſigkeit parlamentar. Rechtsverletzungen 1879. Schleiden Die Disciplinar- und Strafgewalt parlam. Versammlungen 1879.

Digitized by Google

Das berechtigte Interesse des Volkes vollständige Kenntniß von den Verhandlungen des Reichstages wie der Landtage zu erlangen hat ferner die Bestimmung in Art. 22 der Reichsverfassung und § 12 des Strafgesetzbuches veranlaßt, daß wahrheitsgetreue Berichte über Verhandlungen des Reichstages wie eines Landtages oder einer Kammer desselben von jeder Verantwortung frei bleiben, wobei nur der wohl kaum beabsichtigte Unterschied stattfindet, daß die Reichsverfassung nur von Verhandlungen in den öffentlichen Sitzungen des Reichstages spricht, das Strafgesetzbuch aber die Verhandlungen in öffentlicher oder nicht öffentlicher Sitzung des Landtages nicht unterscheidet. Dagegen beziehen sich jene gesetzlichen Bestimmungen jedenfalls nicht auf Berichte über Verhandlungen in den Abtheilungen und Commissionen des Reichstages und der Landtage[1]).

Das Gesetz führt endlich 3) an Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen und Urtheile von Seiten eines Beamten und ähnliche Fälle, zu denen insbesondere Vorhalte und Rügen Seitens solcher Personen gehören werden, die berufen sind über Andere einen erziehenden, leitenden, beaufsichtigenden Einfluß auszuüben[2]), und die Berechtigung einer ehrenkränkenden Aeußerung wird offenbar in den Fällen am wenigsten zweifelhaft sein, in denen diese Aeußerung eine berufs- und pflichtmäßige ist[3]).

Die Bedeutung des § 193 ist hiernach nur die, daß bei dem Mangel einer positiven Normirung des Thatbestandes der Beleidigung derselbe negativ insoweit normirt wird, als darauf aufmerksam gemacht werden soll, daß nicht jede kränkende Aeußerung schon als Ehrenkränkung, nicht jede das Ehrgefühl verletzende schon als eine rechtwidrige und strafbare Beleidigung anzusehen sei, daß es vielmehr bei der Beleidigung auf die in der Handlung sich kundgebende rechtswidrige Absicht die Ehre zu verletzen ankomme. Daß aber die Aeußerung eine pflichtmäßige, berechtigte, erlaubte war, schließt die Möglichkeit nicht aus, daß der Thäter die Gelegenheit zu solcher Aeußerung veranlaßt zu sein, ergreift, um in rechtswidriger Absicht über die Grenzen hinaus zu gehen, die ihr,

1) Vgl. Schwarze § 12 Nr. 1—4. Oppenhoff § 12 Nr. 1—8. v. Liszt a. a. O. S. 162 f.

2) Schwarze § 193 Nr. 12. Rüdorff § 193 Nr. 5. Olshausen § 193 Nr. 7. Pezold § 193 Nr. 22.

3) Oppenhoff § 193 Nr. 15a.

Digitized by Google

wenn sie eine berechtigte sein sollte, durch ihre Zweckbestimmung gezogen waren. Das Gesetz fügt daher hinzu, daß auch solche durch ihren nächsten Zweck an sich gerechtfertigte Aeußerungen nur insofern straflos seien, als nicht aus der Form der Aeußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, das Vorhandensein einer Beleidigung hervorgeht, wie dies z. B. der Fall sein würde, wenn die Rüge des Vorgesetzten in einer durch den Zweck nicht gebotenen und gerechtfertigten beschimpfenden Form erfolgte, wenn die zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemachte Aeußerung absichtlich unter Umständen stattfindet, die ihr eine über den Zweck hinausgehende Verbreitung verleihen. Das deutsche Strafgesetzbuch ist in dieser Beziehung von der Fassung des § 154 des preußischen Strafgesetzbuches darin abgewichen, daß letzteres die gedachten Aeußerungen insofern für strafbar erklärte, als aus Form oder Umständen „die Absicht zu beleidigen" hervorgehe, ersteres sofern aus Form oder Umständen das „Vorhandensein einer Beleidigung" hervorgehe[1]). Es sollte damit dem Mißverständnisse begegnet werden, als ob die strafbare Beleidigung im Sinne des § 193 einen anders gearteten Thatbestand erfordere, als im Sinne des § 185, als ob es zwei Klassen von Beleidigungen gebe, solche bei denen es der Feststellung der Absicht oder auch der Absicht selbst nicht bedürfe, und solche bei denen die Absicht ein wesentliches Merkmal des Thatbestandes sei und ihre ausdrückliche Feststellung erfordert werde, während es sich nur darum handelt, daß die Rechtswidrigkeit der Aeußerung keiner ausdrücklichen Feststellung bedarf, sofern sie nicht bestritten und zweifelhaft erscheint[2]).

Bestritten ist noch die Frage ob die Bestimmung des § 193 nur auf die in den §§ 185 und 186, oder auch auf die in den

1) Diese Aenderung hatte schon das oldenburg. Strfgb. vorgenommen „um den Zweifeln keinen Raum zu geben als ob der animus injuriandi besonders dargethan sein müsse". Vgl. John Entwurf eines Strfgb. S. 422.

2) In der preuß. Praxis hatte sich im Anschlusse an die Fassung des § 154 des preuß. Strfgb. der Grundsatz festgestellt, die Beleidigung erfordere in der Regel nicht die Absicht zu beleidigen, ausnahmsweise aber in den Fällen des § 154, und hier bilde sie ein wesentliches Moment des Thatbestandes — Oppenhoff Comment. z. preuß. Strfgb. 6. Ausgb. § 154 Nr. 1. 26. 27 — womit sich also zwei Arten von Beleidigungen mit verschiedenem Thatbestande ergaben. Aber entweder will man mit der Absicht zu beleidigen nur die formale Absicht Mißachtung kund zu geben bezeichnen, und dann ist jener Satz falsch, denn diese Absicht wird in allen Fällen der Beleidigung gefordert, oder man will damit die Rechtswidrigkeit der Willensbestimmung bezeichnen,

Digitized by Google

§§ 187 und 189 bezeichneten Beleidigungen zu beziehen sei[1]). Entscheidend dafür, daß § 193 bei den in §§ 187 und 189 bezeichneten Vergehen nicht in Betracht kommen kann, ist der Umstand,

---

und dann ist dieser Satz wiederum falsch, denn diese wird ebenso in allen Fällen der Beleidigung gefordert, wenn es auch nicht in allen Fällen der ausdrücklichen Feststellung derselben bedarf. Obwohl in § 193 des deutsch. Strfgb. die Worte des § 154 des preuß. Strfgb. „Absicht zu beleidigen" durch die Worte „Vorhandensein einer Beleidigung" ersetzt wurden, wirkt doch jene frühere Auffassung auch noch jetzt in der Praxis nach in der Behauptung, der Absicht zu beleidigen bedürfe es in der Regel nicht, ausnahmsweise aber in den Fällen der §§ 192 und 193. Oppenhoff § 185 Nr. 27. § 192 Nr. 2. § 193 Nr. 6, so auch das Reichs-Gericht Rsprch. I S. 476 wenn es ausführt, das Bewußtsein des ehrkränkenden Charakters der Kundgebung werde bei jeder Beleidigung gefordert, in den Fällen des § 193 aber mehr als dies, denn es solle hier unter besonderen Voraussetzungen eine Beleidigung angenommen werden, und § 193 verstehe unter Vorhandensein einer Beleidigung gerade die Absicht zu beleidigen; ebenso wenn es — Rsprch. I S. 241 — von den Voraussetzungen spricht, unter denen § 193 eine thatbestandlich als Beleidigung erscheinende Aeußerung für straflos, also nicht rechtswidrig erklärt. Da aber die Rechtswidrigkeit der Aeußerung zum Thatbestande der Beleidigung gehört, so erklärt § 193 nicht eine den Thatbestand der Beleidigung ergebende Aeußerung bedingungsweise für straflos, sondern spricht umgekehrt nur aus, daß der Thatbestand der Beleidigung ausgeschlossen ist, wenn das Moment der Rechtswidrigkeit mangelt. Die Auffassung des Reichs-Gerichts sucht v. Buri im G.-Saal 1881 S. 421 zu vertheidigen, begeht aber den Fehler den Thatbestand der Beleidigung in der vorsätzlichen, werthabsprechenden Aeußerung erschöpft zu betrachten, das Moment der Rechtswidrigkeit also von dem Thatbestande der Beleidigung auszuschließen, woraus er folgert § 193 habe an sich strafbare Beleidigungen ausnahmsweise für straflos erklären wollen. Die Folge ist, daß er annimmt § 193 mache einen Unterschied zwischen animus injuriandi und einfachem Vorsatze, eine unhaltbare Unterscheidung mit der sich abzufinden die Gerichte genöthigt seien. Vgl. auch v. Buri im G.-Saal 1874 S. 577 f. Dagegen John Ztschft. f. St.-R.-W. I S. 288 f. Schwarze § 193 Nr. 1. 16. Olshausen § 193 N. 1. 12. Rüdorff § 193 Nr. 2. H. Meyer S. 473. Das, worauf es in den Fällen des § 193 allein ankommt, ist die Feststellung, daß trotz der anzuerkennenden Berechtigung der Aeußerung dennoch zugleich ein rechtswidriger Exceß vorliegt, und darum eine strafbare Beleidigung vorhanden ist. Behauptet man in den Fällen des § 193 müsse die Absicht zu beleidigen festgestellt werden, so mag das immerhin geschehen, wenn man sich darüber völlig klar ist, daß es auf Unterscheidung der erlaubten, berechtigten, pflichtmäßigen werthabsprechenden Aeußerung und der rechtswidrigen Beleidigung, darum auf Feststellung der rechtswidrigen Willensbestimmung ankomme. Vgl. Goltd. Arch. XXVI S. 328.

1) Dafür Oppenhoff § 193 Nr. 1. Schütze S. 369. Freuden-

Digitized by Google

daß die wider besseres Wissen verübte Verleumdung unmöglich je als berechtigt und die rechtswidrige Willensbestimmung ausschließend deshalb betrachtet werden kann, weil der Thäter dabei einen erlaubten Zweck verfolgte, da § 193 keineswegs Beleidigungen um des erlaubten, berechtigten Zweckes des Thäters willen für straflos erklären will, sondern eben nur feststellt, daß die werthabsprechende Aeußerung nicht Beleidigung ist, wenn die Rechtswidrigkeit der Willensbestimmung mangelt. Hiergegen kann man sich auch nicht darauf berufen, daß die Motive die Bestimmung des § 193 „nach Befinden" für anwendbar auch auf die verleumderische Beleidigung erklärten, denn § 184 des Entwurfs hatte die in den §§ 186 und 187 des Strafgesetzbuches getrennt behandelten Fälle zusammengefaßt, und darum blieb jenem § 184 gegenüber allerdings die Möglichkeit offen nach Befinden die strafbare Beleidigung als durch den berechtigten Zweck ausgeschlossen zu betrachten.

Die Beleidigung ist vollendet so wie die beleidigende Kundgebung zur Kenntniß einer anderen Person gelangt ist[1]). Ein weiterer Erfolg als das beabsichtigte Kundwerden der Beleidigung ist nicht erforderlich. Die schriftliche Beleidigung ist darum erst vollendet, wenn der Thäter das Schriftstück zur Kenntniß anderer Personen gebracht hat, nicht aber schon durch die Thätigkeit durch die er absichtlich die Kenntnißnahme vorbereitete. Nicht mit der Absendung des beleidigenden Briefes, sondern erst mit der Kenntnißnahme seines Inhaltes Seitens eines Andern ist die Beleidigung vollendet[2]), und hierbei ist es allerdings gleichgiltig ob der Adressat, dem der Thäter Kenntniß geben wollte, oder eine andere Person den Brief las, denn entscheidend ist allein Absendung des Briefes in der Absicht die Beleidigung kund zu geben und die Thatsache, daß sie Jemandem kund geworden ist[3]). Wird das Schriftstück beleidigenden Inhaltes einem Boten unverschlossen zur Beförderung übergeben, so ist hiernach die Beleidigung auch schon dann vollendet, wenn der

---

stein a. a. O. S. 87. Rsprch. III S. 619. Dagegen Schwarze § 193 Nr. 2. Dochow a. a. O. S. 346. Rüdorff § 193 Nr. 4. Pezold § 193 Nr. 39.

1) Dochow a. a. O. S. 347. Freudenstein a. a. O. S. 18.

2) Goltd. Arch. I S. 226. IV S. 393. VIII S. 834.

3) Gelangt der Brief den der Verfasser abzusenden vor hatte, bevor er sich zur Absendung entschloß, gegen seinen Willen zur Kenntniß eines Andern, so liegt keine Beleidigung vor, auch keine fahrlässige. Vgl. oben S. 178. Goltd. Arch. II S. 425. Schwarze § 185 Nr. 9.

Digitized by Google

Bote vom Inhalte Kenntniß genommen hat, aber nicht schon mit der Uebergabe an den Boten[1]).

§ 49. Für den Thatbestand der Beleidigung ist das Mittel dessen sich der Thäter zur Verübung derselben bediente gleichgiltig, wenn er nur ein Mittel wählte, das im gegebenen Falle geeignet war seine Mißachtung wirklich kund zu geben. Herkömmlich unterscheidet man rücksichtlich des Mittels der Beleidigung 1) die Realinjurie, d. h. diejenige Beleidigung bei welcher eine in anderweitiger Beziehung rechtswidrige Handlung als Mittel benutzt wird um den animus injuriandi kund zu geben[2]). 2) Die Idealinjurie d. h. diejenige Beleidigung, welche als rechtswidrig lediglich insofern erscheint, als sich in ihr die Absicht zu beleidigen kund giebt, wobei wiederum entweder gesprochene oder schriftliche Aeußerungen — Verbal-Injurie — oder bildliche Darstellungen, Zeichen, Geberden — symbolische Injurie — als Mittel dienen können. In Betreff der Idealinjurie wird weiter unterschieden die Beleidigung im engeren Sinne und die Verleumdung.

Das deutsche Strafgesetzbuch unterscheidet rücksichtlich des Mittels durch welches die Beleidigung verübt wurde von allen anderen Beleidigungen nur die thätliche, ohne näher anzugeben welche Art von Thätlichkeit hierbei vorausgesetzt wird. An sich würde allerdings nichts entgegenstehen als thätliche Beleidigung, im Gegensatz zu der nur durch Kundgebung der Ansicht und Meinung über den sittlichen Werth des Anderen verübten, eine jede zu betrachten die mittelst einer physischen Einwirkung sei es auf die Person des Beleidigten, sei es auf sein Eigenthum, verübt wurde[3]). Aber abgesehen davon, daß die Motive nur von der unmittelbar gegen die Person gerichteten Thätlichkeit sprechen[4]), wird die thätliche Beleidigung in diesem beschränkteren Sinne auch darum aufzufassen sein, weil der von der thätlichen Majestätsbeleidigung handelnde § 94

1) Dochow a. a. O. Freudenstein a. a. O. Olshausen § 185 Nr. 19. Dagegen Schütze S. 362 der die Kenntnißnahme Seitens des Postboten, des Telegraphenbeamten, weil sie blos als Maschine fungiren, zur Vollendung nicht als genügend erachtet. Dambach im G.-Saal 1871 S. 298.

2) So wurde die Bedeutung der Realinjurie durch Feuerbach § 282 und Weber I S. 84 festgestellt, während freilich nicht selten jede durch eine Thätigkeit, im Unterschiede von der durch einfache Aeußerung des Gedankens, verübte Beleidigung als Realinjurie bezeichnet, oder diese auch auf die gegen den Körper gerichtete Thätlichkeit beschränkt wird. Vgl. H. Meyer S. 471.

3) So Rüdorff § 185 Nr. 8.

4) Abweichend vom preuß. Strfgb. das jede gegen die Person gerichtete

Digitized by Google

nur diese Deutung der Thätlichkeit zuläßt. In Betreff des Unterschiedes der thätlichen Beleidigung und der Mißhandlung und Körperverletzung kommt vor allem in Betracht, daß es gegen die Person gerichtete Thätlichkeiten giebt, die dem Thatbestande der Körperverletzung nicht entsprechen und darum lediglich als thätliche Beleidigung in Betracht kommen können, und andrerseits Körperverletzungen die wegen der mangelnden Absicht zu beleidigen nur als Körperverletzungen zu strafen sind. Gewiß aber wird in den meisten Fällen die thätliche Beleidigung zugleich auch den Thatbestand der Körperverletzung ergeben, und in solchen Fällen findet s. g. ideale Concurrenz von Beleidigung und Körperverletzung statt[1]).

### 3. Die üble Nachrede und die Verleumdung insbesondere.

§ 50. Der Auffassung der neueren Doctrin und Gesetzgebung entsprechend hat auch das deutsche Strafgesetzbuch die Verleumdung als eine besondere Art der Beleidigung behandelt. Der Keim für die Entwickelung der Lehre von der Verleumdung liegt im älteren deutschen Rechte, in der Auszeichnung der hinterrücks begangenen Schmähung, des Diebstahls an der Ehre[2]). Aber erst seit Feuerbach[3]) und Grolman[4]) wurde Beleidigung und Verleumdung schärfer als bisher unterschieden, indem jene als Verletzung der bürgerlichen Ehre, diese als Verletzung des Rechtes auf den guten Namen bezeichnet wurde.

---

Thätlichkeit als Körperverletzung behandelte, schloß sich das deutsch. Strfgb. dem preuß. Entwurfe von 1847 an, der in § 195 von der durch Thätlichkeiten gegen die Person begangenen Ehrenkränkung spricht. Die Motive zu II Entwf. § 183 bemerken, man habe die thätliche Beleidigung als besondere Art ausdrücklich bezeichnet und dadurch die für das preuß. Strfgb. bestehende Streitfrage gelöst, ob Thätlichkeiten auch als Realinjurien oder nur als Mißhandlungen und Körperverletzungen aufzufassen seien. Schwarze § 185 Nr. 3. Oppenhoff § 185 Nr. 16. Olshausen § 185 Nr. 9. H. Meyer S. 471. Freudenstein a. a. O. S. 21. Gegen die Wiederherstellung der thätlichen Beleidigung Klebs in Goltd. Arch. XIX S. 19. Gegen ihn Schimmelpfeng ebenda S. 427. Vgl. John Entwurf S. 427 f.

1) Geyer in Holtzdff. Hdbch. III S. 529. Dochow a. a. O. S. 343. Oppenhoff § 185 Nr. 17. Rüdorff § 185 Nr. 9. Klebs a. a. O. S. 25.

2) Vgl. Hälschner Syst. II S. 216 f.

3) Lehrbch. § 284.

4) Grundsätze § 219.

Digitized by Google

Der Grund für die gesetzliche Auszeichnung der Verleumdung liegt allein in der Rücksicht auf das höhere Maß der Schuld und Strafbarkeit. Allerdings ist das Maß der Schuld durch eine eigenthümliche Gestaltung des Thatbestandes bedingt, aber doch nur in dem Sinne, daß die Verleumdung als eine qualificirte Beleidigung erscheint, daß sie also alle Momente des Thatbestandes der Beleidigung voraussetzt, daß aber eben diese Momente hier in einer näher bestimmten Gestalt auftreten. Es darf also einerseits das Wesen der Verleumdung nicht darin gesucht werden, daß man hier den guten Namen als das besondere von der bürgerlichen Ehre ganz verschiedene Object der Rechtsverletzung betrachtet[1]), und es darf andrerseits ebenso wenig jede Eigenthümlichkeit in der Gestaltung des Thatbestandes der Verleumdung geleugnet und ihre Unterscheidung von der Beleidigung verworfen werden[2]). Kommt die Verleumdung mit der Beleidigung im Thatbestande durchaus überein, so liegt der Unterschied darin, daß durch die Verleumdung die Ehre in intensiverer Weise verletzt wird als durch die Beleidigung, weil der Beleidigende sich darauf beschränkt sein eignes, für Andere nicht maßgebendes, der Ehre des Andern nachtheiliges, sittliches Urtheil kund zu geben, während der Verleumder durch Mittheilung unwahrer Thatsachen das Urtheil Anderer in einer der Ehre des Angegriffenen nachtheiligen Weise zu bestimmen sucht. Zwar kann auch die Beleidigung, wofern sie überhaupt nicht bloß dem Beleidigten selbst kund gegeben wird, einen nachtheiligen Einfluß auf das Urtheil Anderer ausüben, immerhin aber erscheint die That des Beleidigers noch wesentlich verschieden von der That dessen der durch Mittheilung unwahrer Thatsachen Anderen die Prämissen an die Hand giebt, durch die sie zu einem selbständigen, der Ehre des Verleumdeten nachtheiligen Urtheile genöthigt werden.

Abweichend von der bisherigen Gesetzgebung, insbesondere auch vom preußischen Strafgesetzbuche, hat das deutsche unterschieden

---

1) Diese Grolman-Feuerbach'sche Auffassung ist von der neueren Doctrin aufgegeben. Marezoll S. 442. Köstlin Abhdlg. S. 29 f. Abegg § 300 der richtig darauf hinweist, daß es sich bei der Beleidigung um Kränkung, bei der Verleumdung um eine wirkliche Gefährdung der Ehre handelt. Neuerdings ist Rubo Zur Lehre von der Verleumdung 1861, zu jener Grolman'schen Ansicht zurückgekehrt, und hat deshalb die Verleumdung als ein durchaus eigenthümliches, von der Beleidigung ganz verschiedenes, Delict behandelt.

2) So von Buri a. a. O. S. 20 f.

Digitized by Google

den Fall, daß in Beziehung auf einen Andern ehrenrührige Thatsachen mitgetheilt werden, die nicht erweislich wahr sind, und den Fall, daß wider besseres Wissen derartige unwahre Thatsachen behauptet oder verbreitet werden, und nur der letztere Fall wird vom Gesetz als Verleumdung, verleumderische Beleidigung bezeichnet und durch erhöhte Strafe ausgezeichnet[1]).

§ 51. Der in § 186 vom Gesetze näher bezeichnete Fall der Beleidigung oder üblen Nachrede hat alle Momente des angegebenen Thatbestandes der Beleidigung zur Voraussetzung. Von anderen Fällen der Beleidigung unterscheidet sich dieser nur durch die besondere Beschaffenheit der beleidigenden Kundgebung, sowie durch das Erforderniß, daß sie anderen Personen, jedenfalls nicht bloß dem Beleidigten, zur Kenntniß gebracht sein muß. Hiernach wird erfordert, daß die beleidigende Handlung in der Behauptung oder Verbreitung von Thatsachen bestehe, welche den Beleidigten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet sind.

Fordert das Gesetz 1) daß Thatsachen mitgetheilt worden seien, so ergiebt sich aus der Natur der Sache, daß diese Thatsachen nur in Handlungen, die dem Beleidigten beigemessen werden, bestehen können, denn nur in solcher Weise können Andere in ihrem sittlichen Urtheile über die Ehre des Beleidigten bestimmt werden[2]). Es

---

1) Der I und II Entwurf hatten sich in Betreff der Verleumdung in verbesserter Fassung dem preuß. Strfgb. angeschlossen, indem nicht, wie in andern Strfgb., die Behauptung unwahrer Thatsachen wider besseres Wissen, sondern nur Behauptung von Thatsachen die nicht erweislich wahr sind, gefordert wurde, wie dies die Motive z. II Entwf. § 184 näher rechtfertigten. Erst der Reichstag unterschied hiervon in § 187 den als Verleumdung bezeichneten Fall, während der in § 186 behandelte Fall ausdrücklich nur als Beleidigung, nicht als Verleumdung, bezeichnet, und abweichend vom Entwurf in der Strafe der einfachen Beleidigung gleichgestellt wurde. Da aber auch dieser Fall das eigenthümliche Wesen der Verleumdung an sich trägt, wäre es vielleicht richtiger gewesen ihn als verleumderische Beleidigung oder, wie es jetzt gewöhnlich geschieht, als üble Nachrede von der Verleumdung des § 187 zu unterscheiden und ihn durch eine wenigstens im Minimum erhöhte Strafe auszuzeichnen.

2) Daß Jemand bei seinem Handeln sich von einem verwerflichen Motive habe bestimmen lassen, an einem sittlichen Mangel, einem Charakterfehler leide, ist gewiß eine Thatsache, aber eine solche die nur mittelst Schlußfolgerung aus seiner Handlungsweise erkannt werden kann. Wer dem Andern eine solche Thatsache zum Vorwurfe macht spricht damit nur seine Ansicht und Meinung

Digitized by Google

kann daher nicht genügen, wenn der Thäter sich darauf beschränkt die Motive des Handelns eines Andern zu verdächtigen oder ihm sittliche Mängel beizumessen, welche auf Handlungen aus denen sie gefolgert wurden, zurückdeuten, vielmehr ist erforderlich, daß er sich auf bestimmte, näher bezeichnete Handlungen beziehe die geeignet sind Anderen als Voraussetzungen eines nachtheiligen Urtheils zu dienen.

Die dem Andern beigemessenen Handlungen müssen 2) geeignet sein den Andern verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Das sind sie, wofern sie unsittliche und damit zugleich unehrenhafte sind [1]), und wenn das Gesetz hierbei auf die öffentliche Meinung Bezug nimmt, so kann es selbstverständlich nicht Aufgabe des Gerichtes sein, einer sittlichen Verkehrtheit der öffentlichen Meinung nachzugeben, wenn diese vielleicht das Unehrenhafte in etwas Anderem als dem Unsittlichen, vielleicht sogar im Sittlichen sucht. Als unsittlich wird nothwendig jede strafbare Handlung anzusehen sein, soweit bei derselben eine absichtliche Verletzung des Gesetzes vorausgesetzt wird, sollte auch eine weitverbreitete Ansicht das Gesetzwidrige, wie z. B. bei dem Duell, nicht als unsittlich, wohl sogar als sittlich gefordert, betrachten [2]). Umgekehrt kann das Beimessen einer vom Gesetze gebotenen Handlung nie als beleidigend erscheinen, sollte sie auch nach verbreiteter Ansicht mißbilligt werden [3]). 3) Die Thatsachen müssen in Beziehung auf einen Andern behauptet oder verbreitet sein. Damit ist ausgesprochen, daß die betreffende Thatsache nicht nur dem Beleidigten

---

aus, die für Andere eben nur den Werth einer subjectiven Ansicht hat. Hier aber handelt es sich um Behauptung objectiv feststehender Thatsachen, aus denen Andere durch Schlußfolgerung sich ihr eignes Urtheil zu bilden vermögen. Es ist daher eine völlige Verkennung der eigenthümlichen Bedeutung der Verleumdung, wenn man die Behauptung s. g. innerer Thatsachen, z. B. den Vorwurf schlechter Charaktereigenschaft, für genügend erachtet. So Jagemann Beiträge z. bad. Strafgesetzgebung I S. 221 f. Goltd. Mat. I S. 332. Goltd. Arch. I S. 571. X S. 139. XXII S. 604. Rüdorff § 186 Nr. 3. Olshausen § 186 Nr. 2. H. Meyer S. 474. Dagegen Dochow a. a. O. S. 349. Schwarze § 186 Nr. 4 a. Rubo a. a. O. S. 18 f. und Comment. § 138 Nr. 1. Leonhardt II S. 274. Freudenstein a. a. O. S. 24.

1) Dagegen Rubo Verleumdung S. 107 der unsittliche und unehrenhafte Handlungen zu unterscheiden sucht.

2) Dagegen Temme Lehrb. S. 860. Goltd. Mat. II S. 232.

3) Oppenhoff § 186 Nr. 17. Schwarze § 186 Nr. 5.

Digitized by Google

selbst gegenüber behauptet sein darf, sondern wenigstens einer andern Person, gleichviel ob in Anwesenheit oder Abwesenheit des Beleidigten, mitgetheilt sein muß[1]). Behauptet wird eine Thatsache, wenn sie der Thäter, als auf Grund eigner Kenntniß und Ueberzeugung beruhend, bekundet; verbreitet, wenn sie der Thäter, gleichviel wie er sie in Erfahrung gebracht hat, Anderen mittheilt[2]). In welchem Umfange die Verbreitung stattfand ist an sich für den Thatbestand gleichgiltig, die Frage aber ob die wiederholte Mittheilung derselben Thatsache an verschiedene Personen nur als Eine Beleidigung oder als eine Mehrheit concurrirender Beleidigungen zu betrachten sei, wird nur nach den Umständen des concreten Falles zu beantworten sein. Der Umstand, daß derjenige dem die Thatsache mitgetheilt wurde, von ihr bereits Kunde erhalten hatte, schließt den Thatbestand der Beleidigung nicht aus[3]), denn er erfordert nicht den Erfolg, daß der Beleidigte durch die Mittheilung verächtlich gemacht wurde, sondern nur eine Mittheilung die geeignet war ihn verächtlich zu machen.

Die üble Nachrede erfordert 4) in dem gleichen Sinne wie die Beleidigung die Absicht zu beleidigen. Darum genügt also auch hier, daß der Thäter vorsätzlich handelte und daß er die zur üblen Nachrede geeigneten Thatsachen mit dem Bewußtsein dieser ihrer Beschaffenheit behauptet oder verbreitet hat, gleichviel was dabei sein Motiv und Zweck war. Aber auch hier wird die Rechtswidrigkeit der Willensbestimmung erfordert, und die Gründe, auf die § 193 als auf solche verweist, welche die Rechtswidrigkeit der Handlung und damit den Thatbestand der Beleidigung ausschließen, kommen deshalb auch bei der üblen Nachrede in Betracht. Abgesehen von den hier genannten besonderen Gründen vermöge deren die Behauptung verächtlich machender Thatsachen als eine berechtigte oder pflichtgemäße erscheint, kommt insbesondere in Betracht, daß das Aussprechen wahrer Thatsachen, auch wenn sie geeignet sind einen anderen verächtlich zu machen, an sich niemals schuldhaft

1) Berner S. 450. Oppenhoff § 186 Nr. 4—6. Rüdorff § 186 Nr. 3. Dochow a. a. O. S. 349. Rsprch. I S. 14. III S. 445. Dagegen Freudenstein a. a. O. S. 32.

2) John in Holtzdff. Hdbch. III S. 176. Oppenhoff § 186 Nr. 4—6. 20. 25. 26. Schwarze § 186 Nr. 7. 8.

3) Goltd. Arch. XXI S. 349. Oppenhoff § 131 Nr. 9. Freudenstein a. a. O. S. 26. Dagegen Goltd. Arch. XIII S. 296. Dochow a. a. O. S. 351.



Digitized by Google

und strafbar sein kann, obwohl sich gewiß mit ihm eine schuldhafte, beleidigende Kundgebung verbinden kann. Wer sich daher darauf beschränkt in Beziehung auf einen Andern eine verächtlich machende Thatsache zu behaupten, kann nur strafbar sein, wenn die Behauptung sich als eine schuldhafte, aus rechtswidrigem Willen entsprungene darstellt. Dies ist der Fall, wenn der Thäter wider besseres Wissen die Unwahrheit sagte, und nach § 186 auch dann, wenn die behauptete Thatsache nicht erweislich wahr ist. Die Unerweislichkeit der Thatsache ist aber an sich selbst noch nicht entscheidend für die Rechtswidrigkeit der Willensbestimmung, und daraus würde allerdings zu folgern sein, daß zum Thatbestande der üblen Nachrede nicht nur die Unerweislichkeit der Thatsache, sondern auch das Bewußtsein des Thäters von der Unerweislichkeit erforderlich sei, daß er darum nur gestraft werden könne, sofern ihm dieses Bewußtsein und damit seine schuldhafte Willensbestimmung nachgewiesen sei[1]). Dies aber ist nicht die Auffassung des Gesetzes, und es waren dafür dieselben Gründe maßgebend, die in der Doctrin wie Gesetzgebung zu den verschiedenen Versuchen geführt haben die Bestrafung des Behauptens ehrenrühriger Thatsachen von dem Beweise der wissentlichen Unwahrheit unabhängig zu machen[2]). Der Beweis, daß der Beschuldigte Thatsachen mit dem Bewußtsein ihrer Unerweislichkeit behauptet habe, ist nicht weniger schwer zu führen, als der Beweis, daß er wider besseres Wissen Unwahres behauptet habe, und wird die Bestrafung von diesen Beweisen abhängig gemacht, so ergiebt sich damit ohne Zweifel das schwer wiegende Bedenken, daß dann die Ehre gerade den gefährlichsten und den schwersten Verletzungen gegenüber in der Regel des strafrechtlichen

1) So Binding Normen II S. 611. Ortmann in d. sächs. Gerichtsztg. XXI S. 104. Oppenhoff § 186 Nr. 20, aber im Widerspruch zu Nr. 21.

2) So, indem man neben die, wissentliche Unwahrheit erfordernde, Verleumdung das Verbreiten unerweislicher oder für wahr gehaltener Thatsachen als culpose Verleumdung stellte — Mittermaier im Arch. 1839 S. 48. Strfgb. von Würtbg. 289, Altenbg. 195, Sachsen 237. von Buri a. a. O. S. 25 f. — oder mit geringerer als der Verleumdungsstrafe den bedrohte, dem zwar die wissentliche Unwahrheit nicht nachgewiesen ist, der aber auch seine bona fides nicht nachweisen kann, — Strfgb. von Baden 289. 290. Jagemann S. 240. Thilo S. 247. Thüring. Strfgb. 186 — oder indem man nicht bloß die wissentlich unwahre Behauptung, sondern auch den dolus eventualis für strafbar erklärte — Köstlin Abhdlg. S. 67. Hess. Strfgb. 305.

Digitized by Google

Schutzes entbehrt. Der Gesetzgeber wird sich darum in Betreff der üblen Nachrede zu entscheiden haben was als Regel, was als Ausnahme zu behandeln sei, ob er von der Voraussetzung ausgehen solle, daß der Thäter die Wahrheit gesagt oder doch ohne rechtswidrige Absicht bona fide gehandelt habe, in welchem Falle die Bestrafung den Beweis seiner **mala fides** erfordert, oder ob er, wie bei der einfachen Beleidigung, die Ehrenhaftigkeit des Beleidigten und die Rechtswidrigkeit ihrer Anfechtung vorauszusetzen habe, in welchem Falle die vorsätzliche Thätigkeit und das Bewußtsein der verächtlich machenden Beschaffenheit der behaupteten Thatsache an sich selbst als rechtswidrig und beleidigend erscheint, sofern der Thäter nicht nachweist, daß seine Behauptung eine erlaubte, berechtigte war, darum die rechtswidrige Willensbestimmung mangelt, Das deutsche Strafgesetzbuch hat sich, dem preußischen folgend, für die letztere Auffassung entschieden[1]), wie dies die Motive und Reichstagsverhandlungen zweifellos ergeben[2]). Man wird sich hiergegen auch nicht auf die Fassung des § 186 und darauf berufen können, daß nach dieser die Unerweislichkeit der Thatsache als ein Thatbestandsmoment des Vergehens bezeichnet sei. Das Gesetz giebt alle Voraussetzungen der Strafbarkeit an, aber die Unerweislichkeit würde als Thatbestandsmoment unzweideutig nur dann bezeichnet sein, wenn das Gesetz den mit Strafe bedroht hätte, der „in Beziehung auf einen Anderen eine unerweisliche Thatsache behauptet oder verbreitet". Indem es aber die Behauptung einer ehrenrührigen Thatsache für strafbar erklärt „wenn nicht diese Thatsache erweislich wahr ist" wird dies mit Recht dahin gedeutet werden dürfen, daß es die Unerweislichkeit nicht als Thatbestandsmo-

---

1) In Betreff des preuß. Strfgb. vgl. Hälschner Syst. II S. 275. Wie jetzt in Betreff des § 186 von Binding, so wurde in analoger Weise in Betreff des § 156 des preuß. Strfgb. von Rubo a. a. O. S. 67. 75 geltend gemacht, daß er die Unwahrheit als Thatbestandsmoment behandle, darum dem Angeklagten der Beweis der Unwahrheit zu führen sei, nicht ihm der Beweis der Wahrheit obliege, obwohl Rubo zugeben mußte, daß dem die auf die exceptio veritatis bezüglichen §§ 157—159 widersprechen.

2) Motive z. II Entwf. § 184 die ausdrücklich hervorheben, daß die Unwahrheit (Unerweislichkeit) nicht sowohl positives Moment des Thatbestandes, sondern die Wahrheit Strafausschließungsgrund sei, und zugeben, daß das Mißlingen des Wahrheitsbeweises zwar nicht unbedingt die mala fides des Angeklagten feststelle, gleichwohl es rechtfertigen, daß diesem Bedenken kein entscheidendes Gewicht beizulegen sei.

Digitized by Google

ment, sondern als Strafausschließungsgrund betrachtet[1]). Die Norm, welche § 186 aufstellt ist hiernach die, daß Niemand in Beziehung auf einen Andern verächtlich machende Thatsachen behaupten, oder auch nur bona fide als von Anderen vernommen nacherzählen soll, es sei denn, daß er sie als wahr erweisen kann. Ohne daß es, abgesehen von der bewußten, vorsätzlichen Behauptung ehrenrühriger Thatsachen noch eines weiteren Beweises der mala fides bedarf ist der Thatbestand der üblen Nachrede mit der Thatsache der Unerweislichkeit der behaupteten Thatsache festgestellt[2]). Aus welchem Grunde der Beweis der Wahrheit mißlang ist gleichgiltig, und das hat freilich die Folge, daß auch der bona fide Handelnde gestraft wird, wenn ihm die Beweismittel deren er sich versichert hatte verloren gingen. Es würde aber die Tendenz des Gesetzes in keiner Weise beeinträchtigt haben, wenn die Strafbarkeit nicht nur durch den Beweis der Wahrheit, sondern auch durch den der bona fides ausgeschlossen worden wäre.

Als qualificirenden Umstand bezeichnet es das Gesetz, wenn die üble Nachrede öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen begangen ist. Abweichend vom preußischen Strafgesetzbuche, das die Verleumdung als öffentliche bezeichnete, wenn sie an einem öffentlichen Orte oder in einer öffentlichen Zusammenkunft stattfand, hat das deutsche auf eine derartige Definition der Oeffentlichkeit mit Recht darum verzichtet, weil jedenfalls der Ort der That allein für sie nicht entscheidend sein kann. Als erschwerender Umstand kann die öffentliche Verübung der üblen Nachrede offenbar nur darum erscheinen, weil der Thäter hier im Unterschiede von anderen Fällen darauf verzichtet selbst zu bestimmen wem und wie vielen Personen er von den betreffenden Thatsachen Mittheilung machen will, weil er die That unter Umständen verübt, die ihm eine Begrenzung ihres Erfolges nicht mehr gestatten,

1) Mit Recht war dem § 154 des preuß. Strfgb. der Vorwurf incorrecter Fassung darum zu machen, weil er die Unwahrheit als Thatbestandsmoment bezeichnete, während doch die Strafbarkeit nicht von dem Beweise der Wahrheit, sondern der Unerweislichkeit der Thatsache abhängig sein sollte. Das deutsch. Strfgb. hat sich in § 186 der besseren Fassung des preuß. Entwurfs von 1847 angeschlossen.

2) Oppenhoff § 186 Nr. 21. Rüdorff § 186 Nr. 1. 6. 7. Olshausen § 186 Nr. 7. 8. Rubo § 186 Nr. 8. Zimmerle § 186 Nr. 30. Dochow a. a. O. S. 350. H. Meyer S. 475. Rsprch. I S. 110. Freudenstein a. a. O. S. 30. Gegen die Ansicht, daß das Bewußtsein der Unerweislichkeit erwiesen sein müsse Schwarze im G.-Saal 1880 S. 561.

Digitized by Google

und der Beleidigte damit in erhöhtem und ausgedehnterem Maße der Gefahr ausgesetzt ist seines guten Namens verlustig zu gehen[1]). Die gleiche Bedeutung hat die durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen und Darstellungen verübte üble Nachrede, weil es auch in solchem Falle unbestimmbar bleibt in wie weite Kreise die Kenntniß derselben sich verbreiten wird[2]).

§ 52. Mit der Beleidigung im Sinne des § 186, oder der üblen Nachrede kommt die verleumderische Beleidigung oder Verleumdung insoweit überein, als auch hier erfordert wird, daß der Thäter vorsätzlich und mit Bewußtsein von ihrer Bedeutung in Beziehung auf einen Andern eine Thatsache behauptet oder verbreitet habe, welche denselben verächtlich machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist. Der Thatbestand der Verleumdung weicht aber von dem der üblen Nachrede insofern ab, als 1) erforderlich ist, daß die behauptete Thatsache unwahr, ihre Unwahrheit also erwiesen sei. Leugnet der Angeklagte die Unwahrheit, so leugnet er den Klaggrund, und selbstverständlich hat nicht er die Wahrheit, sondern der Ankläger die Unwahrheit zu beweisen. Es muß der Thäter 2) die unwahre Thatsache wider besseres Wissen als wahr behauptet haben. Darum muß das Wissen von der Unwahrheit erwiesen sein, und es kann nicht genügen, daß der Thäter, bei mangelnder Ueberzeugung von der Wahrheit, die Thatsache mit dem Bewußtsein, daß sie möglicherweise unwahr sei, behauptet hat[3]). 3) In Betreff des Mittels der Verleumdung führt das Gesetz nicht nur die Behauptung einer Thatsache an, welche

---

1) Die Motive z. II. Entwf. § 121—144 legen deshalb in Betreff der Oeffentlichkeit Gewicht darauf, daß die Handlung in einer Weise vorgenommen wurde, vermöge deren sie, unbestimmt von welchen und wievielen Personen wahrgenommen werden konnte, wogegen keine Oeffentlichkeit anzunehmen sei, wenn die Aeußerung nur für die Wahrnehmung gewisser Personen bestimmt war, und, von Zufälligkeiten abgesehen, nur von ihnen wahrgenommen werden konnte. Vgl. Dochow a. a. O. S. 351. H. Meyer S. 476. Oppenhoff § 186 Nr. 23—26. Olshausen § 110 Nr. 5. Rsprch. I S. 142. IV S. 782. V S. 317. 333.

2) Daß zur Vollendung der durch Verbreitung von Schriften verübten Beleidigung Kenntnißnahme derselben Seitens eines Andern gehört, und ohne sie Versendung, Verbreitung nicht genügt, kann nicht zweifelhaft sein. Dochow a. a. O. S. 347. Freudenstein a. a. O. S. 34. Dagegen Oppenhoff § 185 Nr. 13.

3) Wie H. Meyer S. 475 annimmt. Dagegen Oppenhoff § 187 Nr. 2. Olshausen § 187 Nr. 3. Freudenstein a. a. O. S. 37.

Digitized by Google

geeignet ist den Verleumdeten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, sondern auch einer solchen, die geeignet ist seinen Kredit zu gefährden. Damit ist hier ein Delict eingeschoben, das zwar in den meisten Momenten seines Thatbestandes mit dem der verleumderischen Beleidigung übereinstimmt, aber vom Thatbestande der Verleumdung insofern abweicht, als nicht die Ehre, sondern das Vermögensinteresse das Object des Angriffes bildet. Allerdings wird auch die Behauptung ehrenrühriger Thatsachen geeignet sein den Kredit des Angegriffenen zu gefährden, aber es ist eine derartige Beschaffenheit der Thatsachen nicht erforderlich, sondern es genügt eine jede zur Kreditgefährdung geeignete Thatsache, auch wenn sie die Ehre des Angegriffenen ganz unberührt läßt[1]). Daß sich aus der Behauptung solcher Thatsachen wirkliche Nachtheile für die vermögensrechtlichen Interessen ergeben haben, ist nicht erforderlich. Eine weitere Folge davon, daß es sich bei der Kreditgefährdung nicht um einen Angriff auf die Ehre handelt, ist es, daß auch in Betreff des möglichen Objectes einer derartigen Verleumdung abweichende Grundsätze gelten. Kredit genießen auch Personenvereine mit vermögensrechtlicher Persönlichkeit, Handels-Gesellschaften u. s. w., und auch an ihnen kann die verleumderische Kreditgefährdung verübt werden[2]).

Auch bei der Verleumdung wird die öffentliche oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen stattgefundene Verübung als erschwerender Umstand behandelt.

§ 53. Abweichend von den meisten deutschen Strafgesetzbüchern, welche in ausgedehnterem oder beschränkterem Umfange auch die Beleidigung Verstorbener für strafbar erklärten, hatte das preußische Strafgesetzbuch, und ihm folgend das lübische und hamburgsche, auf

1) Dochow a. a. O. S. 355. Oppenhoff § 187 Nr. 4. Schwarze S. 542 und § 187 Nr. 6. Olshausen § 187 Nr. 5. Binding Normen II S. 483. H. Meyer S. 586, der deshalb die Kreditgefährdung, getrennt von der Beleidigung, in Verbindung mit andern Fällen der Gefährdung vermögensrechtlicher Interessen behandelt hat. Dagegen Freudenstein a. a. S. 40, der Ehrverletzung für erforderlich erachtet, sie aber auch dann annimmt, wenn nicht ehrenrührige Handlungen, sondern Thatsachen behauptet werden, welche die Solvenz als zweifelhaft erscheinen lassen. Gegen die gesetzliche Bestimmung überhaupt Berner S. 443.

2) Die gesetzliche Bestimmung ist durch Petition des Vereins deutscher Lebensversicherungs-Gesellschaften veranlaßt, und ohne Zweifel können die Worte: „in Beziehung auf einen Anderen" auch auf Gesellschaften bezogen werden. Dochow S. 356. Schwarze § 186 Nr. 4. Vgl. Strf.-P.-O. § 414.

Digitized by Google

eine solche Strafbestimmung verzichtet. Der Verstorbene ist nicht mehr Rechtssubject und es kann darum auch von einer Ehre desselben die rechtswidrig verletzt werden könnte nicht die Rede sein. Rechtssubjectivität und Ehre ruhen beide auf dem sittlichen Werthe der menschlichen Persönlichkeit als ihrer gemeinsamen Basis, sind untrennbar verbunden, und gäbe es eine Ehre des Verstorbenen, so müßte er folgerecht auch als Rechtssubject anerkannt werden[1]).

Auch das deutsche Strafgesetzbuch hat den Verstorbenen nicht als mögliches Object einer Beleidigung behandelt, wohl aber hat es in Rücksicht auf „die Pietät der Lebenden" die Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen für strafbar erklärt, und insoweit die Familie in ihrer sittlichen Einheit und die Familienehre als Object des strafbaren Angriffes behandelt[2]). Weil es sich also

1) Die Doctrin hält seit Weber, nur mit Ausnahme Hefftter's, übereinstimmend daran fest, daß der Verstorbene nicht Object der Beleidigung sein könne. Daß das Schweigen des preuß. Strfgb. nur dahin zu deuten ist, daß es die Möglichkeit einer Beleidigung Verstorbener nicht anerkennt, ergeben die Materialien, und mit dieser Auffassung stimmt die neuere Doctrin überein. Goltd. Mat. II S. 340. Arch. V S. 536. Temme Lehrb. S. 852. von Buri Abhdlg. S. 9. Rubo Verleumdung S. 141. Schütze S. 355. 361. Freudenstein a. a. O. S. 43. Berner S. 444. Dagegen neuerdings H. Meyer S. 465 und Amsler Die Möglichkeit einer Injurie an Verstorbenen 1871, indem er Rechtssubjectivität und Ehre von einander scheidet, und erstere mit dem Tode untergehen, letztere aber auch nach dem Tode fortbestehen läßt.

2) Der II Entwurf hatte eine die Beschimpfung des Andenkens Verstorbener betreffende Strafbestimmung in den Abschnitt über Vergehen die sich auf die Religion beziehen aufgenommen, weil, wie die Motive z. § 165 sagen, der Verstorbene nicht beleidigt werden kann, und das Gesetz eine Familienehre nur soweit kenne, als sie mit der Ehre der lebenden Familiengenossen zusammenfällt, wogegen das Gesetz berechtigte religiöse Gefühle zu schützen habe. Der Reichstag hat sich aber dieser Auffassung nicht angeschlossen, sondern hat die betreffende Strafbestimmung in § 189 zu den Beleidigungen gestellt, und wenn das Gefühl der Lebenden geschützt werden soll, so ist es eben das Gefühl, daß die eigne Ehre und die Familienehre untrennbar verbunden sind und daß es auf Wahrung der Familienehre ankommt. Vgl. Rubo Verleumdung S. 139. Schwarze § 189 Nr. 4. Dagegen Freudenstein a. a. O. S. 45, der die Familienehre, die sich fortdauernd als eine mächtig wirksame Realität erweist, als wesenlosen Schatten bezeichnet, Dochow, der das in § 189 bezeichnete Vergehen nicht als Beleidigung betrachtet, ebenso Olshausen § 189 Nr. 1. Berner S. 444, der es als Verletzung religiöser Gefühle bezeichnet, ebenso Wahlberg in Holtzdff. Hdbch. III S. 272. Amsler a. a. O., der den Verstorbenen als beleidigt betrachtet. Ebenso H. Meyer

Digitized by Google

nicht um die Ehre des Verstorbenen handelt, spricht das Gesetz nicht von Beleidigung oder Verleumdung des Verstorbenen, sondern von Beschimpfung seines Andenkens, womit auf diejenigen Personen hingewiesen ist, die mit dem Verstorbenen auch nach dessen Tode sich sittlich verbunden wissen, in deren eignem sittlichen Wesen das des Verstorbenen fortlebt und fortwirkt, die deshalb das unbefleckte Andenken desselben als ein eigenes sittliches Gut wahren. Das Gesetz gebraucht das Wort Beschimpfung nur um des angegebenen Grundes willen, nicht weil es damit besonders schwere, tiefverletzende Aeußerungen habe bezeichnen wollen[1]), und fordert zum Thatbestande des Delictes nur alle die Momente, welche die gegen Lebende gerichtete verleumderische Beleidigung[2]) erfordert. Im Interesse der freien Beurtheilung historischer Thatsachen und Persönlichkeiten ist also die Strafbarkeit aller anders gestalteten, den sittlichen Werth Verstorbener anfechtender Aeußerungen ausgeschlossen. Ueberdies ist aber auch die strafrechtliche Verfolgbarkeit der Beschimpfung des Andenkens Verstorbener insofern eine zeitlich beschränkte, als sie nur auf Antrag verfolgt werden darf, und der Antrag nur von denen gestellt werden darf, welche durch die nächsten Familienbande dem Verstorbenen verbunden gewesen sind, nämlich die Aeltern, die Kinder und der Ehegatte des Verstorbenen, von denen ein Jedes ein selbständiges Recht den Antrag zu stellen hat.

### 4. Der Beweis der Wahrheit.

§ 54. Dem preußischen Strafgesetzbuche folgend hat auch das deutsche besondere die exceptio veritatis und den Beweis der Wahrheit betreffende Bestimmungen aufgenommen. Daß der Angeklagte das Recht habe zum Zwecke seiner Vertheidigung den Beweis der Wahrheit behaupteter oder verbreiteter Thatsachen durch alle im Strafverfahren zulässigen Beweismittel zu führen, weil der erbrachte Beweis der Wahrheit den Thatbestand der Beleidigung ausschließt oder von Einfluß auf das Maß der Strafbarkeit ist, bedurfte als selbstverständlich keiner ausdrücklichen Bestimmung[3]). Dagegen be-

---

S. 465. Vgl. Abegg im Arch. 1844 S. 461. Schwarze ebenda 1854 S. 108. Goltd. Arch. XV S. 361. Kayser in Strafrsztg. 1871 S. 568.

1) So Oppenhoff § 189 Nr. 3. Freudenstein S. 47. Dagegen Schwarze § 189 Nr. 4. Schütze S. 362. Dochow a. a. O. S. 360.

2) Selbstverständlich ist die verleumderische Kreditgefährdung ausgeschlossen.

3) Darum wurde § 157 Abs. 1 u. 2 des preuß. Strfgb. nicht aufgenommen.

Digitized by Google

stimmt das Gesetz[1]), daß, wenn die behauptete oder verbreitete Thatsache eine strafbare Handlung ist, der Beweis der Wahrheit als erbracht anzusehen sei, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung rechtskräftig verurtheilt ist, in welchem Falle es gleichgiltig ist, ob die Verurtheilung vor oder nach der als beleidigend angefochtenen Aeußerung erfolgte. Der Beweis der Wahrheit ist aber als unzulässig ausgeschlossen, wenn der Beleidigte wegen der betreffenden Handlung und zwar vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen war.

In beiden Beziehungen enthält § 190 eine Ausnahmebestimmung. Es ist dem über die Beleidigung urtheilenden Richter ausnahmsweise das Recht entzogen in selbständiger und freier Würdigung der Beweise darüber zu urtheilen, ob die betreffende Thatsache als wahr anzusehen sei, falls ein anderer Richter sie als erwiesen festgestellt hat, und es wird der Angeklagte in nicht zu rechtfertigender Weise in seiner Vertheidigung beeinträchtigt, indem ihm der Beweis der Wahrheit der dem Andern beigemessenen strafbaren Handlung abgeschnitten wird, falls letzterer wegen derselben rechtskräftig freigesprochen war[2]). Um so bedeutsamer ist die streitige Frage auf welche Fälle der Beleidigung sich diese gesetzliche Bestimmung bezieht.

Daß sie auf das in § 186 bezeichnete Vergehen Anwendung findet, kann nicht zweifelhaft sein und ist unbestritten. Die Strafbarkeit desselben hat die Unerweislichkeit der behaupteten Thatsache zur Voraussetzung, und obwohl auch hier dem Angeklagten der Beweis der Wahrheit nicht in dem Sinne obliegt, daß der Richter der Pflicht die Frage nach der Wahrheit oder Unwahrheit von Amtswegen zu prüfen überhoben wäre[3]), so wird doch immerhin der Angeklagte in der Lage sein, um der Gefahr einer Verurtheilung zu entgehen, den Richter durch Beibringung von Beweismitteln für die Wahrheit der Thatsache unterstützen zu müssen. Einer Feststellung der Unerweislichkeit bedarf es daher nur, wenn sie vom

---

1) Strfgb. § 190.

2) Rubo Verleumdung S. 44. Hälschner Syst. II S. 276. Berner S. 460. Dochow a. a. O. S. 362. Binding Normen II S. 611. v. Liszt S. 327. Dagegen Weber I S. 177. Köstlin in Goltd. Arch. III S. 329.

3) Dochow a. a. O. S. 350. Freudenstein S. 66. Rüdorff § 186 Nr. 6. Oppenhoff § 186 Nr. 9. H. Meyer S. 476. Goltd. Arch. XXV S. 145. 530.

Digitized by Google

Angeklagten bestritten wird und er die Wahrheit der Thatsache als Strafausschließungsgrund geltend macht[1]). Eines solchen Beweises bedarf es also nach § 190 nicht, wenn der Beleidigte wegen der ihm beigemessenen strafbaren Handlung rechtskräftig verurtheilt ist, und der Angeklagte ist freizusprechen obwohl er möglicherweise mit dem Bewußtsein handelte, daß ein Schuldloser verurtheilt sei. Geht aber das Gesetz davon aus, daß, um die Autorität der res judicata zu schützen, eine wiederholte Prüfung der Wahrheit der Thatsache nicht zuzulassen sei, so war folgerecht der Beweis der Wahrheit auch unbedingt auszuschließen, wenn der Beleidigte von der ihm beigemessenen strafbaren Handlung rechtskräftig freigesprochen ist, und nicht bloß unter der Bedingung, daß die Freisprechung vor der Behauptung oder Verbreitung der Thatsache erfolgt war[2]). Es mag sich rechtfertigen lassen, daß der Beweis der Wahrheit dem abgeschnitten wird, der dem Andern eine strafbare Handlung beimißt obwohl er weiß, daß dieser von solcher Beschuldigung freigesprochen ist, aber das Gesetz schneidet den Beweis auch dem ab, der die Freisprechung nicht erfahren hat, während es die Beweisführung demjenigen gestattet, der die strafbare Handlung behauptete bevor die Freisprechung erfolgt war.

Im Falle der Verleumdung wie der Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen ist dem Angeklagten der Beweis zu führen, daß er wider besseres Wissen eine unwahre Thatsache behauptet oder verbreitet hat. Befindet er sich daher in der Lage diesen Beweis abwarten zu können, so bleibt es ihm doch unbenommen zum Zwecke seiner Vertheidigung den Beweis der Wahrheit der behaupteten Thatsache zu führen, der unter Anwendung des § 190 als erbracht anzusehen sein würde, wenn der Beleidigte wegen der ihm beigemessenen strafbaren Handlung rechtskräftig verurtheilt worden ist, obwohl damit weder die materielle Wahrheit noch die bona fides des Thäters festgestellt ist. Gleichwohl ist nach der Stellung des § 190, nach seinem Wortlaute und seiner Tendenz die Anfechtung der res judicata auszuschließen, nicht einzusehen wie insoweit § 190 nicht auch im Falle der Verleumdung Anwen-

---

1) Oppenhoff § 186 Nr. 21. Rüdorff § 186 Nr. 6. Olshausen § 186 Nr. 8.

2) Dochow a. a. O. S. 362. Rubo Verleumdung S. 44. Rüdorff § 190 Nr. 1. Schwarze im G.-Saal 1880 S. 571.

Digitized by Google

dung finden sollte[1]). Ebenso findet er hier insoweit Anwendung, als dem Angeklagten der Vertheidigungsbeweis der Wahrheit abgeschnitten ist, wenn der Beleidigte wegen der ihm beigemessenen strafbaren Handlung vor deren Behauptung rechtskräftig freigesprochen war. Ist insoweit seine Anwendbarkeit nur von untergeordneter Bedeutung, so ist praktisch sehr bedeutsam die Frage ob der Beweis der wissentlichen Unwahrheit als dem Angeklagten geführt zu erachten sei, wenn der Beleidigte wegen der ihm beigemessenen strafbaren Handlung rechtskräftig freigesprochen war und bewiesen ist, daß der Thäter vor seiner That von dieser Freisprechung Kenntniß erlangt hatte. Daß hiermit der nach § 187 erforderliche Beweis der Unwahrheit und der mala fides des Thäters an sich nicht erbracht ist, und daß, wenn statt seiner jener Beweis als ausreichend angesehen werden müßte, die Ausnahmebestimmung des § 190 in besonders bedenklicher Schärfe sich geltend machen würde, ist unbestreitbar. Da es sich aber um eine strict zu interpretirende Ausnahmebestimmung handelt, so wird daran festgehalten werden müssen, daß sich § 190 nur auf die exceptio veritatis und nach seiner wörtlichen Fassung auf den Beweis der Wahrheit bezieht, darum nicht anwendbar ist, wenn es darauf ankommt den Beweis der wissentlichen Unwahrheit einer verleumderischen Beleidigung zu führen[2]). Allerdings beabsichtigt § 190 den von der Beschuldigung einer strafbaren Handlung Freigesprochenen gegen den wiederholten Vorwurf solcher Handlung zu schützen, und erklärt darum das freisprechende Urtheil als für Jedermann maßgebend. Aber dieser strafrechtliche Schutz mangelt dem Freigesprochenen auch dann nicht, wenn der dem Verleumder zu führende Beweis der wissentlichen Unwahrheit nicht durch den Beweis ersetzt werden kann, daß er mit Kenntniß des freisprechenden Urtheils den Vorwurf ausgesprochen habe, da der Thäter, wenn der Beweis der wissentlichen Unwahrheit mißlingt, in Folge des freisprechenden Urtheils auf

---

1) Daß die §§ 190—192 auf die in den §§ 187. 189 bezeichneten Delicte überhaupt keine Anwendung finden, wie Rüdorff § 190 Nr. 2. Dochow a. a. O. S. 361, F. Meyer § 190 Nr. 1 behaupten, kann darum nicht als richtig anerkannt werden. Vgl. Oppenhoff § 190 Nr. 1. Olshausen § 190 Nr. 1. Freudenstein a. a. O. S. 71.

2) Rüdorff, Dochow, Olshausen a. a. O., Oppenhoff § 190 Nr. 7. Binding Normen II S. 412. Dagegen Schwarze § 190 Nr. 7 und im G.-Saal 1880 S. 572. Puchelt § 190 Nr. 2.

Digitized by Google

Grund des § 186 wegen übler Nachrede zu strafen ist. Das Gleiche gilt von der Anwendbarkeit des § 190 auf das in § 189 bezeichnete Vergehen.

Unbedenklich wird aber § 190 auch Anwendung finden müssen in den Fällen der einfachen Beleidigung im Sinne des § 185. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, das § 190 nur Anwendung finde, wo es sich um Behauptung und Verbreitung von Thatsachen handle, und daß dies nur in den Fällen der §§ 186. 187 und 189 ein Erforderniß des Thatbestandes sei[1]), denn dadurch, daß hier die Behauptung der Thatsache der Beleidigte habe eine verächtliche Handlung begangen wesentliches Thatbestandsmoment ist, ist es durchaus nicht ausgeschlossen, daß nicht auch die einfache Beleidigung im Vorwurfe einer strafbaren Handlung bestehen könnte, und es ist kein Grund einzusehen, warum in solchem Falle § 190 nicht Anwendung finden sollte. Beschränkte sich der Thäter darauf dem Andern die Verübung einer strafbaren Handlung vorzuwerfen, ohne einer dritten Person hiervon Mittheilung zu machen, so hat der geführte Beweis der Wahrheit die Folge, daß, weil der Thatbestand der Beleidigung mangelt, die Strafbarkeit ausgeschlossen ist[2]), war dagegen jener Vorwurf mit irgend einer weiteren beleidigenden Kundgebung verbunden, so würde der gelungene Wahrheitsbeweis nur für die Strafzumessung von Interesse sein.

Im Anschlusse an § 190 und der Bedeutung die hier der rechtskräftigen Entscheidung beigelegt wird, bestimmt § 191 folgerecht weiter, daß, wenn wegen der dem angeblich Beleidigten beigemessenen strafbaren Handlung zum Zwecke der Herbeiführung eines Strafverfahrens bei der Behörde Anzeige gemacht ist, mit dem Verfahren und der Entscheidung über die Beleidigung bis zu dem Beschlusse, daß die Eröffnung der Unterschuchung nicht stattfinde, oder bis

---

1) So Olshausen § 190 Nr. 1. Dagegen Oppenhoff § 190 Nr. 1. Freudenstein a. a. O. S. 71. Schwarze im G.-Saal 1880 S. 580. Dochow a. a. O. S. 361 der sich aber mit Unrecht darauf beruft, daß die Motive sich für die Zulässigkeit des Wahrheitsbeweises im Falle des § 185 aussprechen, denn aus seiner Zulässigkeit folgt noch nicht, daß auch in diesem Falle § 190 auf ihn anzuwenden ist.

2) Mit Unrecht nehmen die Motive z. II Entwf. § 183 an, daß im Falle des § 185 der Wahrheitsbeweis niemals Schuld und Strafbarkeit ausschließen könne, ebenso Schütze S. 368. Schwarze § 190 Nr. 4. Dagegen Olshausen § 190 Nr. 5. Puchelt § 190 Nr. 1. von Liszt S. 326.

Digitized by Google

zur Beendigung der eingeleiteteten Untersuchung inne zu halten ist. Selbstverständlich ist diese Bestimmung ebenso wie die des § 190 auf alle in den §§ 185. 186. 187 bezeichneten Fälle der Beleidigung zu beziehen[1]). Die Anzeige muß, gleichviel von wem, zum Zwecke der Bestrafung bei der competenten Behörde gemacht sein, so daß eine nur zum Zwecke der Vertheidigung gemachte Anzeige nicht genügen würde[2]). Endet das auf die Anzeige eingeleitete Strafverfahren mit rechtskräftiger Verurtheilung, so muß nach § 190 in dem Verfahren wegen Beleidigung der Beweis der Wahrheit als erbracht angesehen werden, wogegen, wenn jenes Verfahren mit rechtskräftiger Freisprechung endet, in diesem ein weiterer Wahrheitsbeweis unzulässig ist.

§ 55. Der Beweis der Wahrheit ist nur zulässig unter der Voraussetzung, daß Thatsachen behauptet, d. h. dem Anderen bestimmte ehrenrührige Handlungen vorgeworfen wurden, ist darum in allen anderen Fällen, insbesondere auch dann ausgeschlossen, wenn der Beleidigte in einer Weise bezeichnet wurde die auf gewisse von ihm angeblich verübte unsittliche oder strafbare Handlungen hindeutet. Das Thema des Beweises ist also die behauptete Thatsache, und es genügt darum nicht der Beweis eines verbreiteten Gerüchtes, nicht der des guten Glaubens, ein Beweis der nur gegen die Bestrafung wegen Verleumdung schützen würde, und ebenso wenig kann sich der Angeklagte durch Nennung des Autors seiner ehrenrührigen Behauptung der strafrechtlichen Verfolgung entziehen[3]). Der Beweis der Wahrheit wird aber nicht darum schon als mißlungen betrachtet werden dürfen, weil sich die Behauptung nicht in allen ihren Einzelheiten als wahr erwiesen hat. Zwar wird er nicht als gelungen betrachtet werden können, wenn nicht die behauptete Handlung wohl aber eine andere, die in gleichem Maße den Beleidigten zu beleidigen, verächtlich zu machen geeignet ist, erwiesen wurde, steht aber die Identität der behaupteten und der erwiesenen

---

1) Zimmermann im G.-Saal 1876 S. 435 f. Dagegen diejenigen, welche dem § 190 nur eine beschränktere Anwendbarkeit zugestehen, sowie Schwarze § 192 Nr. 1, der zwar § 190 aber nicht § 191 auf § 185 bezieht, und Oppenhoff § 191 Nr. 1, der § 191 nicht für anwendbar erachtet, wenn trotz des Wahrheitsbeweises die Bestrafung aus § 185 nicht ausgeschlossen ist. Vgl. dagegen Schwarze § 191 Nr. 6.

2) Zimmermann a. a. O. Oppenhoff § 191 Nr. 4. 4 a. 5.

3) Oppenhoff § 186 Nr. 10. von Buri Abhdlg. S. 48. Schwarze § 618 Nr. 14 und im G.-Saal 1880 S. 574.

Digitized by Google

Handlung fest, so kann der Beweis der Wahrheit nicht darum als mißlungen betrachtet werden, weil sich behauptete Nebenumstände, z. B. Ort, Zeit, Art der Ausführung und Bezeichnung der Handlung, als unrichtig erweisen, wofern nur der eigenthümliche ehrenrührige Charakter der behaupteten Handlung dem der erwiesenen entspricht[1]). Kommt es bei der exceptio veritatis darauf an zu beweisen, daß der Vorwurf zu der Zeit als er gemacht wurde ein in der Wahrheit begründeter war, so darf sich auch der Wahrheitsbeweis nur auf eine vor der Zeit der Behauptung liegende Thatsache beziehen, wogegen es irrelevant ist, ob der Angeklagte zur Zeit der Behauptung die Wahrheit der Thatsache kannte, denn selbst der Beweis, daß er in der Ueberzeugung ihrer Unwahrheit eine Thatsache als wahr behauptet hat, würde zur Verurtheilung wegen Verleumdung nicht hinreichen, wenn die behauptete Thatsache sich als wahr erweist[2]).

Ist der Beweis der Wahrheit erbracht oder ausgeschlossen, weil der angeblich Beleidigte wegen der ihm beigemessenen strafbaren Handlung rechtskräftig verurtheilt ist, so ist eine Bestrafung des Angeklagten auf Grund der §§ 186. 187 und 189, nicht aber in allen Fällen seine Strafbarkeit ausgeschlossen, vielmehr ist er nach § 185 wegen einfacher Beleidigung strafbar, wofern er sich nicht darauf beschränkte eine wahre Thatsache auszusprechen, sondern darüber hinausging und zugleich irgendwie seine rechtswidrige Willensbestimmung zu beleidigen kund gab, oder wenn, wie § 192 es bezeichnet, das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung, oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht. Es bezieht sich diese selbstverständliche, und darum entbehrliche gesetzliche Bestimmung, auf alle die Fälle von Beleidigungen in denen der Beweis der Wahrheit behaupteter Thatsachen zulässig ist, mit Ausnahme des in § 189 bezeichneten Vergehens, weil eine nach § 185 strafbare Beleidigung eines Verstorbenen ausgeschlossen ist[3]). Weil aber der Beweis

---

1) Vgl. Kronecker im G.-Saal 1880 S. 62. Schwarze ebenda S. 574. Rüdorff § 186 Nr. 6. Freudenstein a. a. O. S. 68. Oppenhoff § 186 Nr. 10. 14. Rsprch. I S. 551.

2) Schwarze a. a. O. S. 576. Freudenstein a. a. O. S. 68.

3) Olshausen § 192 Nr. 1. v. Liszt S. 326. Dagegen Oppenhoff § 192 Nr. 1, der ihn auch auf § 189 und Rüdorff § 192 Nr. 1, der ihn nur auf § 186 bezieht.

Digitized by Google

der Wahrheit nicht nur für die Strafbarkeit, sondern auch für die Strafzumessung von Bedeutung ist, so kann der Umstand, daß der Wahrheitsbeweis im concreten Falle die Strafbarkeit nicht auszuschließen vermag, niemals ausreichender Grund sein ihn als unzulässig abzuschneiden[1]).

### 5. Strafverfolgung und Strafe der Beleidigung.

§ 56. Die strafrechtliche Verfolgung der im vierzehnten Abschnitte bezeichneten Beleidigungen tritt nur auf Antrag ein[2]). Eine Ausnahme macht aber die Beleidigung einer gesetzgebenden Versammlung des Reichs oder eines Bundesstaates oder einer andern politischen Körperschaft, da in solchem Falle die Verfolgung nicht einen Antrag, wohl aber die Ermächtigung der beleidigten Körperschaft erfordert[3]).

Für den Antrag auf strafrechtliche Verfolgung gelten auch hier die in §§ 61—65 enthaltenen Bestimmungen[4]). Dazu treten aber hier die weiteren in diesem Abschnitte enthaltenen besonderen Bestimmungen. Sie betreffen 1) die Berechtigung zum Antrage. Hiernach ist zum Antrage zunächst der Beleidigte berechtigt, darum, wenn durch dieselbe beleidigende Aeußerung Mehrere verletzt wurden, Jeder derselben unabhängig von den Anderen. Ist eine collective Einheit von Personen als solche verletzt, so kann nur sie oder ihre Vertretung den Antrag stellen[5]). Sind Ehefrauen oder unter väterlicher Gewalt stehende Kinder beleidigt worden, so haben sowohl diese selbst, als deren Ehemänner und Väter das Recht den Antrag zu stellen[6]). Vorausgesetzt ist hierbei, daß die beleidigte Person zur Zeit der Beleidigung Ehefrau, unter väterlicher Ge-

---

1) Die Bestimmung in § 192 ist nicht nur entbehrlich, sondern auch bedenklich, weil sie, wie die entsprechende Bestimmung des preuß. Strfgb. es gethan hat, dazu verleitet den Wahrheitsbeweis in unzulässiger Weise abzuschneiden. John Entwurf S. 426. Vgl. Rüdorff § 192 Nr. 3. Rsprch. I S. 339.

2) Strfgb. § 194.

3) Strfgb. § 197. Die Ermächtigung kann nur von der gesetzgebenden Versammlung oder der politischen Körperschaft selbst, nicht vom Vorstande ertheilt werden.

4) Vgl. oben Band I S. 709—718.

5) Vgl. oben S. 198.

6) Strfgb. § 195.

Digitized by Google

walt stehendes Kind des Antragstellers war[1]). Vater im Sinne des § 195 ist nur derjenige dem die väterliche Gewalt zusteht, also nicht der leibliche Vater, wenn er die väterliche Gewalt verloren, wohl aber der Adoptivvater, wenn er sie erworben hatte[2]). Das Antragsrecht des Ehemannes und Vaters ist ein durchaus selbstständiges, unabhängig von der Zustimmung des Beleidigten zu übendes, bei dem es sich nicht um die Verfolgung einer mittelbaren Injurie, sondern, wie die Motive hervorheben, um die besondere Wahrung des Rechtes beleidigter Ehefrauen und Kinder handelt[3]), und ist insofern immerhin ein in Vertretung des Beleidigten geübtes. Es erlischt darum die Antragsberechtigung des Ehemannes und Vaters, wenn durch rechtskräftige Auflösung der Ehe und Aufhebung der väterlichen Gewalt das Vertretungsverhältniß erlischt, und die nunmehr völlig selbständige beleidigte Person die ausschließlich zu übende Antragsberechtigung erwirbt, wogegen der innerhalb der Antragsfrist erfolgende Tod der Ehefrau, des Kindes das Antragsrecht des Ehemannes und Vaters nicht berührt[4]).

Während das preußische Strafgesetzbuch die Verletzung der Amtsehre als Vergehen wider die öffentliche Ordnung durch erhöhte Strafe auszeichnete und als Officialdelict behandelte, kennt das deutsche Strafgesetzbuch eine solche Bestimmung nicht, hat aber, um das öffentliche Interesse zu wahren, bestimmt, daß, wenn die Beleidigung gegen eine Behörde, einen Beamten, einen Religionsdiener oder ein Mitglied der bewaffneten Macht, während sie in der Ausübung ihres Berufes begriffen sind, oder in Beziehung auf ihren Beruf begangen ist, nicht nur die Verletzten, sondern auch deren amtlich Vorgesetzte das Recht haben den Antrag zu stellen[5]).

Die strafrechtliche Verfolgung der Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen kann nur von den Eltern, Kindern oder dem Ehegatten des Verstorbenen beantragt werden, und eine jede dieser

---

1) Oppenhoff § 195 Nr. 3. Olshausen § 195 Nr. 3. Reber Antragsdelicte S. 377. Entsch. I S. 29.

2) Oppenhoff § 195 Nr. 5. Puchelt § 195 Nr. 2. Rubo § 195 Nr. 3.

3) Vgl. oben S. 167.

4) Oppenhoff § 65 Nr. 18. Reber Antragsdelicte S. 515. Olshausen § 65 Nr. 12. § 195 Nr. 3. Nessel Antragsberechtigung S. 56. Dagegen Oppenhoff § 195 Nr. 7.

5) Strfgb. § 196. Vgl. Oppenhoff, Rüdorff, Olshausen zu § 196.

Digitized by Google

Personen hat ein selbständiges, unabhängig vom Willen der anderen zu übendes Antragsrecht[1]).

2) Die Frist für die Stellung des Antrages ist die in § 61 bestimmte. Eine Ausnahme findet aber statt in Betreff wechselseitiger Beleidigungen[2]). Wechselseitig sind die Beleidigungen nur insofern sie unter denselben Personen gewechselt wurden, und sie werden in der Regel zwar solche sein die in ursächlichem Zusammenhange insofern stehen, als die erfahrene Beleidigung für den Beleidigten der Anlaß war sie zu erwidern, aber es gehört dies nicht zum Wesen der Wechselseitigkeit, welche, die Identität der Personen vorausgesetzt, dadurch nicht ausgeschlossen ist, daß die beiden Beleidigungen aus verschiedenem Anlasse und Motive hervorgingen[3]). Insbesondere erfordert die Wechselseitigkeit nicht, daß die erlittene Beleidigung auf der Stelle erwidert wurde. Weil aber wechselseitige Beleidigungen häufig in causalem Verhältnisse zu einander stehen werden, liegt es im Interesse einer sachgemäßen Aburtheilung und Abwägung des Maßes der beiderseitigen Verschuldung, daß, wenn von beiden Beleidigten der Antrag gestellt ist, beide Beleidigungen in einem Verfahren zur Entscheidung gelangen[4]). Deshalb bestimmt das Gesetz, daß wenn bei wechselseitigen Beleidigungen von einem Theile der Antrag auf Strafverfolgung gestellt wurde, der andere Theil bei Verlust seines Rechtes verpflichtet ist, den Antrag spätestens vor Schluß der Verhandlungen in erster Instanz zu stellen, hierzu aber auch dann berechtigt ist, wenn zu jenem Zeitpunkte die dreimonatliche Frist bereits abgelaufen ist. Die drei-

---

1) Strfgb. § 189. Fuchs Anklage und Antragsdelicte S. 89.

2) Strfgb. § 198.

3) Regelmäßig wird zur wechselseitigen Beleidigung ein that- oder ursächlicher Zusammenhang beider Beleidigungen gefordert. Oppenhoff § 198 Nr. 1. Olshausen § 198 Nr. 1. Rüdorff § 198 Nr. 2. Rubo § 198 Nr. 1. Schwarze § 198 Nr. 2. Dochow a. a. O. S. 365. Schütze S. 366. Zimmerle § 198 Nr. 2. Aber so gewiß jener häufig stattfindende Zusammenhang der Anlaß dazu war, daß man durch § 198 es ermöglichen wollte beide Beleidigungen in einem Verfahren zu erledigen, so wenig gehört jener Zusammenhang zum Wesen der Wechselseitigkeit, und § 198 findet auf alle Fälle wechselseitiger Beleidigung Anwendung, damit es möglich sei festzustellen, ob ein für die Strafzumessung bedeutsamer Zusammenhang stattfindet. Gegen jene Ansicht Entsch. II S. 87. Goltd. Arch. XXIV S. 354. Reber Antragsdel. S. 228. Freudenstein a. a. O. S. 109. von Liszt S. 239.

4) Motive zu II Entwf. zu § 193.



Digitized by Google

monatliche Frist kann also in dem ersteren Falle eine Beschränkung erfahren, während sie im letzteren Falle über drei Monate hinaus erstreckt wird.

3) Der Antrag auf Strafverfolgung kann bis zur Verkündigung eines auf Strafe lautenden Urtheils zurückgenommen werden[1]). Die Privatklage kann, soweit zulässige Berufung eingelegt ist, bis zur Verkündigung des Urtheils zweiter Instanz zurückgenommen werden[2]), womit auch der in ihr enthaltene Antrag auf Strafverfolgung zurückgenommen erscheint.

§ 57. Die Strafe der Beleidigung ist

1) bei einer einfachen nach § 185 zu strafenden Beleidigung Geldstrafe bis zu sechshundert Mark, Haft oder Gefängniß bis zu einem Jahre, und wenn die Beleidigung eine thätliche war, Geldstrafe bis zu eintausend fünfhundert Mark oder Gefängniß bis zu zwei Jahren.

2) Die gleichen Strafen finden statt bei der nach § 186 zu strafenden üblen Nachrede, je nachdem sie eine einfache ist oder unter dem erschwerenden Umstande der Oeffentlichkeit oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen verübt wurde.

3) Die Verleumdung wird gestraft mit Gefängniß bis zu zwei Jahren und wenn sie öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften u. s. w. verübt wurde mit Gefängniß nicht unter einem Monate. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Strafe auf einen Tag Gefängniß ermäßigt oder auf Geldstrafe bis neunhundert Mark erkannt werden.

4) Die Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Mit den genannten Hauptstrafen hat das Gesetz Nebenstrafen verbunden, deren Zweck es ist dem Beleidigten zur Wahrung seiner Ehre die Möglichkeit zu gewähren Anderen Kenntniß von der erfolgten Verurtheilung des Schuldigen zu geben. Hiernach ist

1) dem Beleidigten in allen Fällen auf Kosten des Schuldigen eine Ausfertigung des Urtheils zu ertheilen[3]). Eines Antrages auf Ertheilung bedarf es nicht.

---

1) Strfgb. § 194. 64.

2) Straf-Pz.-O. 431.

3) Strfgb. § 200 Abs. 3. Daß diese Bestimmung für alle Fälle der

Digitized by Google

2) Wird wegen einer öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Darstellungen oder Abbildungen begangenen Beleidigung auf Strafe erkannt, so ist zugleich dem Beleidigten die Befugniß zuzusprechen, die Verurtheilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen. Die Art der Bekanntmachung und die Frist zu derselben ist in dem Urtheile zu bestimmen. Die dem Beleidigten zugesprochene Befugniß wird in den Fällen, in welchen er nicht befugt war den Antrag zu stellen[1]), unbedenklich von dessen gesetzlichem Vertreter geübt werden können. Ebenso wird im Falle des § 189 der Antragsteller diese Befugniß auszuüben haben, denn die Fassung des Gesetzes giebt zu erkennen, daß es nicht den Verstorbenen als Beleidigten betrachtet, sondern die Familie in dem hier bezeichneten Umfange[2]). In denjenigen Fällen in denen dem Beleidigten, aber neben ihm auch noch einer andern Person ein selbständiges Antragsrecht zusteht (§ 195. 196) würde es allerdings nahe liegen nicht nur dem Beleidigten, sondern auch dem Antragsteller jene Befugniß deshalb einzuräumen, weil das Gesetz ihm ein eigenes rechtliches Interesse an der strafrechtlichen Verfolgung des Beleidigers zuerkennt, aber es wird dieser Umstand doch nicht ausreichen können gegen den Wortlaut des Gesetzes auch ihm jene Befugniß zuzugestehen[3]). Die Befugniß muß, auch ohne

---

Beleidigung und nicht bloß für die in Abs. 1 und 2 bezeichneten gilt, würde allerdings klarer sein, wenn sie wie in § 163 des preuß. Strfgb. und § 173 des I. Entwf. vorangestellt worden wäre. Die Umstellung erfolgte nach Rüdorff Textausgabe zu § 200 nur aus redactionellen Rücksichten, und jedenfalls nöthigt die Stellung durchaus nicht diese Bestimmung nur auf die vorher bezeichneten Fälle zu beziehen. Schwarze § 200 Nr. 11. Dochow a. a. O. S. 368. Olshausen § 200 Nr. 14. Berner S. 463. v. Liszt S. 328. Goltd. Arch. XXII S. 230. Dagegen Oppenhoff § 200 Nr. 15. Freudenstein S. 144. Meves S. 186 der sich auf die ratio legis beruft, aus der gewiß gerade das Umgekehrte zu folgern ist.

1) Strfgb. § 65.

2) Nur dem Beleidigten, nie einem andern Antragsberechtigten, gestehen die Befugniß zu Dochow a. a. O. S. 368. Schütze S. 365. Oppenhoff § 200 Nr. 6, dagegen dem gesetzlichen Vertreter des nicht antragsberechtigten Beleidigten Olshausen § 200 Nr. 5 und dem Antragsteller im Falle des § 189 Schütze S. 365. Meves S. 183. Schwarze § 200 Nr. 3. Oppenhoff § 189 Nr. 9. Am wenigsten wird man die Anwendbarkeit des § 200 auf den Fall des § 189 mit Dochow deshalb bestreiten dürfen, weil dieser Fall keine Beleidigung sei.

3) Für die Fälle der §§ 195 und 196 gestehen dem Antragsteller die

Digitized by Google

einen dahin gehenden Antrag, vom Richter im Urtheile ausgesprochen werden.

3) Erfolgte die Beleidigung in einer Zeitung oder Zeitschrift, so ist der verfügende Theil des Urtheils auf Antrag des Beleidigten durch die öffentlichen Blätter bekannt zu machen, und zwar wenn möglich durch dieselbe Zeitung oder Zeitschrift und in demselben Theile und mit derselben Schrift, wie der Abdruck der Beleidigung geschehen ist. Während also nach § 200 Absatz 1 das Gericht völlig unbeschränkt im Urtheile bestimmen kann wie die Bekanntmachung zu erfolgen habe, also auch befugt ist die in Absatz 2 bezeichnete Art der Bekanntmachung anzuordnen, hat Absatz 2 nur die Bedeutung, daß dem Beleidigten das Recht ertheilt ist die hier bezeichnete Art der Bekanntmachung zu fordern, und daß dann in Folge des Antrages die Bekanntmachung von der Vollstreckungsbehörde zu veranlassen ist[1]). Der Antrag kann aber nur auf Bekanntmachung des verfügenden Theils des Urtheils gerichtet werden, während der Richter nach Absatz 1 auch darüber hinausgehende Anordnungen treffen kann. Daß die hier bezeichnete Art der Bekanntmachung im richterlichen Urtheile ausgesprochen werden müßte ist nicht erforderlich. Ist im Urtheile die Befugniß zur Veröffentlichung ausgesprochen, so wird auch noch im Stadium der Vollstreckung auf Antrag des Beleidigten die vollstreckende Behörde diesem Antrage zu entsprechen haben[2]).

---

Befugniß zu Puchelt zu § 200. Schwarze § 200 Nr. 10. Herzog im G.-Saal 1872 S. 201. Goltd. Arch. XXII S. 608. Olshausen § 200 Nr. 5. v. Liszt S. 328 und für den Fall des § 196 Rüdorff § 200 Nr. 5 und Rsprch. I S. 360, wogegen hier jedem andern Antragsberechtigten die Befugniß abgesprochen wird, ebenso im Falle des § 195 Freudenstein S. 143. Den vom Beleidigten verschiedenen Antragsteller in den Fällen des § 195. 196 mit Schwarze selbst als Beleidigten zu betrachten ist unmöglich. Wenn das R.-G. den Vorgesetzten im Sinne des § 196 als den mittelbar Betheiligten betrachtet, so ist er betheiligt nur durch das Interesse das er an der Bekanntmachung des Urtheils hat, und reicht dies aus zur Befugniß es zu veröffentlichen, dann ist nicht einzusehen warum sie nicht auch dem Ehemann und Vater zustehen soll.

1) Dochow a. a. O. S. 368. Oppenhoff § 200 Nr. 11—14. Rüdorff § 200 Nr. 4. 5. Schwarze § 200 Nr. 5—9a. Meves S. 185. Rsprch. I S. 598. IV S. 118. Dagegen Olshausen § 200 Nr. 11 der Abs. 2 als Abs. 1 ausschließend betrachtet.

2) Oppenhoff § 200 Nr. 12. Rüdorff § 200 Nr. 6. Olshausen § 200 Nr. 12. 13. Rsprch. a. a. O.

Digitized by Google

Als eine Nebenstrafe erscheint die Bekanntmachung des Strafurtheils nicht nur insofern dem Verurtheilten die Kosten zur Last fallen, sondern auch sofern ihm damit eine öffentliche Demüthigung auferlegt wird[1]). Daß diese Bekanntmachung allerdings zugleich den Zweck hat dem Beleidigten eine Genugthuung zu gewähren, steht ihrer Bedeutung als Nebenstrafe nicht entgegen.

Nicht um eine Nebenstrafe, sondern um Schadensersatz handelt es sich, wenn das Gesetz[2]) ferner bestimmt, daß in den Fällen der §§ 186 und 187 auf Verlangen des Beleidigten, wenn die Beleidigung nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt neben der Strafe auf eine an den Beleidigten zu erlegende Buße bis zum Betrage von sechstausend Mark erkannt werden kann, daß aber die erkannte Buße weitere Entschädigungsansprüche ausschließt[3]).

Eine eigenthümliche Ausnahmebestimmung des Gesetzes ist es, daß wenn eine Beleidigung auf der Stelle erwidert wurde, der Richter beide Beleidiger oder einen derselben für straffrei erklären darf[4]). Vorausgesetzt wird hier eine wechselseitige Beleidigung, wonach also die Erwiderung der Beleidigung von dem zuerst Beleidigten, nicht von einer andern Person, ausgegangen sein muß[5]) und ferner, daß die Erwiderung auf der Stelle d. h. sofort nach

---

1) Reber Antragsdelicte S. 140. Dochow a. a. O. S. 367. H. Meyer S. 357. Schütze S. 364. Rüdorff § 200 Nr. 6. Meves S. 185. Freudenstein S. 140. Rsprch. IV S. 333. Dagegen Oppenhoff § 200 Nr. 2. Schwarze § 200 Nr. 1. v. Liszt S. 328. Olshausen § 200 Nr. 4. Die Privatgenugthuung durch Abbitte, Widerruf, Ehrenerklärung war keine Strafe so lange sie die öffentliche Strafe ausschloß, sie wurde aber zur Strafe als ihre Leistung durch Geldbuße und Gefängniß erzwungen, sie auch vielfach neben der öffentlichen Strafe auferlegt wurde, so insbesondere im 18. Jahrhundert und auch nach dem preuß. A.-L.-R. II, 20 § 538 f. Vgl. Hälschner Syst. II S. 223 f. Man kann sich also nicht darauf berufen, daß die Privatgenugthuung früher nicht als Strafe angesehen wurde.

2) Strfgb. § 188.

3) Vgl. oben Band I S. 601 f. Dagegen Freudenstein S. 134 f.

4) Strfgb. § 199. Es bezieht sich diese Bestimmung auf alle im vierzehnten Abschnitt bezeichneten Beleidigungen, soweit eine sofort erfolgende Erwiderung denkbar ist, mit Ausschluß aller andern Beleidigungen.

5) Oppenhoff § 199 Nr. 2. Schwarze § 199 Nr. 2. Rüdorff § 199 Nr. 3. Olshausen § 199 Nr. 2. Dochow a. a. O. S. 371. Freudenstein S. 98.

Digitized by Google

der erlittenen Beleidigung erfolgte. Das Gesetz geht in dieser Beziehung davon aus, daß die erlittene Beleidigung der Anlaß zur Erwiderung war, und die Frage ob die Erwiderung auf der Stelle stattfand, wird im concreten Falle in Rücksicht darauf zu entscheiden sein, ob die Erwiderung noch in dem durch die Beleidigung hervorgerufenen Affecte erfolgte[1]). Vorausgesetzt wird endlich, daß beide Beleidigungen an sich betrachtet schuldhaft und strafbar erscheinen, so daß § 199 unanwendbar ist, wenn die eine Beleidigung nach § 11 und 12 straflos ist, oder die zur Beleidigung geeignete Aeußerung wegen Mangels der Rechtswidrigkeit nicht schuldhaft ist[2]).

Unter diesen Voraussetzungen ermächtigt das Gesetz den Richter zu einer Compensation der von beiden Theilen verwirkten Strafen, indem es auf Seiten des zuerst Beleidigten die Entschuldbarkeit des Affectes, auf Seiten des ersten Beleidigers den Umstand in Betracht zieht, daß er durch die ihm zugefügte Beleidigung bereits gestraft sei[3]). Beide Beleidiger werden hiernach straflos dann zu lassen sein, wenn im gegebenen Falle die Schuld beider als gleichstehend zu betrachten ist, wogegen nur einer der beiden Beleidiger straflos zu lassen sein wird, wenn die Schuld des anderen eine so überwiegende ist, daß sie durch die Schuld des Gegners nicht aufgewogen wird. Immerhin wird auch in diesem Falle bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sein, daß die Schuld des zu Strafenden zum Theil durch die des Gegners aufgewogen wird[4]).

Der Richter ist zu solcher Compensation nur ermächtigt nicht verpflichtet, und kann von dieser Ermächtigung von Amtswegen auch ohne Einwand des Angeklagten Gebrauch machen. Die Anwendung des § 199 setzt darum nicht voraus, daß beide Beleidigungen zum Gegenstande der Klage und Widerklage gemacht und

---

1) Reber Antragsdelicte S. 231. Dochow a. a. O. S. 370. v. Liszt S. 240. Oppenhoff § 199 Nr. 4. Olshausen § 199 Nr. 4. Schwarze § 199 Nr. 8.

2) Oppenhoff § 199 Nr. 1. Rüdorff § 199 Nr. 4 a. Goltd. Arch. XXIV S. 577. XXVI S. 514. Entsch. II S. 181.

3) Ueber Retorsion und Compensation von Beleidigungen und leichten Körperverletzungen vgl. oben S. 113 f.

4) Dagegen Schwarze § 199 Nr. 9 der hierbei von dem falschen Gesichtspunkte der Retorsion ausgeht. Wenn das Gesetz überhaupt Compensation zuläßt, ist nicht einzusehen warum nicht Schuld mit Schuld verglichen und das überschießende Maß gestraft werden soll.

Digitized by Google

in demselben Verfahren behandelt werden. Auch dann ist die Compensation zulässig, wenn für den Angeklagten die Antragsfrist bereits abgelaufen war, oder er auf die Strafverfolgung der ihm zugefügten Beleidigung verzichtet hatte[1]).

### 6. Verletzung fremder Geheimnisse.

§ 58. Das deutsche Strafgesetzbuch hat im fünfundzwanzigsten Abschnitte eine Anzahl von Vergehen zusammengefaßt deren Thatbestand ein sehr verschiedener, nicht in irgend einem wesentlichen Momente übereinstimmender ist, für welchen deshalb aus der Ueberschrift des Abschnittes auch nicht irgendwelche Folgerungen abzuleiten sind. Die meisten dieser Delicte richten sich gegen das fremde Vermögensrecht oder Vermögensinteresse, und es würde, wie es sich für die systematische Behandlung zu thun empfiehlt, möglich gewesen sein sie theils andern Abschnitten einzufügen, theils sie unter einem zutreffenden gemeinsamen Gesichtspunkte in einem besondern Abschnitte zusammenzufassen. Neben diesen Delicten enthält der Abschnitt Strafbestimmungen für die Verletzung fremder Geheimnisse. Eine solche hatte das preußische Strafgesetzbnch mit den Verletzungen der Ehre zusammengefaßt, und dies freilich auch nur darum, weil eine geeignetere Stelle um sie dem Gesetzbuche einzufügen, mangelte.

Erachtet man diese Strafbestimmungen nicht für geeignet um sie in einem besonderen Abschnitte zu behandeln, so erscheinen sie den Beleidigungen doch jedenfalls näher verwandt als den unter die Ueberschrift „Strafbarer Eigennutz" gestellten Delicten.

Die Verletzung fremder Geheimnisse kann zwar zugleich den Thatbestand der Beleidigung enthalten, aber sie setzt ihn nicht nothwendig voraus. Aber wenn auch durch solche Verletzung nicht nothwendig der sittliche Werth der Person angetastet wird, so giebt sich immerhin in derselben eine Mißachtung der Person insofern kund, als sie mit Recht fordern darf, daß auch ihr Wille etwas als Geheimniß zu bewahren anerkannt und geachtet und nicht gegen ihren Willen das Interesse, das sie an dieser Bewahrung hat, verletzt werde.

---

1) Oppenhoff § 199 Nr. 6—8. Schwarze § 199 Nr. 3. 6. Olshausen § 199 Nr. 7. 8. Rüdorff § 199 Nr. 4. Dochow a. a. O. S. 372.

Digitized by Google

Das Gesetz unterscheidet zwei Fälle strafbarer Verletzung fremder Geheimnisse, nämlich zuvörderst die Eröffnung eines verschlossenen Briefes oder einer anderen verschlossenen Urkunde, die nicht zur Kenntnißnahme des Thäters bestimmt sind[1]). Unter Urkunde, als welche das Gesetz hier auch den Brief betrachtet, gilt, im Unterschiede von der Urkunde im technischjuristischen Sinne, hier jedes Schriftstück, also die Urkunde im Sinne des Historikers, der jedes ihm als Quelle geschichtlicher Erkenntniß dienende Schriftstück so bezeichnet[2]). Die strafbare Handlung besteht in dem Eröffnen des verschlossenen Schriftstückes, das wohl in der Regel zum Zwecke der Kenntnißnahme des Inhaltes erfolgen wird, während letztere zur Vollendung des Delictes nicht erforderlich ist. Die Eröffnung muß vorsätzlich stattfinden, wonach die nur fahrlässige Eröffnung nicht strafbar ist, und ferner unbefugt und mit dem Bewußtsein der mangelnden Befugniß. Nicht befugt zur Eröffnung ist Jeder, zu dessen Kenntnißnahme das Schriftstück nicht bestimmt ist. Als nicht bestimmt zur Kenntnißnahme Anderer ist das Schriftstück, auch ohne weiteres Verbot, schon allein durch den Verschluß bezeichnet[3]), und befugt zur Eröffnung ist nur der vom Berechtigten Bezeichnete, der Adressat, und derjenige dem das Gesetz ausnahmsweise die Befugniß ertheilt auch gegen den Willen des Berechtigten das Schriftstück zu eröffnen[4]). Unbedenklich wird eine solche Befugniß auch als eine im Erziehungsrechte begründete betrachtet werden dürfen[5]), wogegen die Befugniß des Ehemannes die von seiner Frau geschriebenen oder an sie gerichteten Briefe zu eröffnen nicht zu rechtfertigen sein wird[6]).

Die Strafe ist Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder Gefängniß bis zu drei Monaten. Die Verfolgung tritt nur auf

---

1) Strfgb. § 299. Ueber das Briefgeheimniß vgl. R.-Postgesetz vom 28. October 1871 § 5, über die Befugniß zur Beschlagnahme von Postsendungen und Telegrammen St.-P.-O. § 99—101.

2) Binding Normen 1 S. 120. H. Meyer S. 487. v. Liszt S. 331. Olshausen § 299 Nr. 2. Dagegen Schütze S. 486. Merkel a. a. O. IV S. 445.

3) Rubo § 299 Nr. 9.

4) Vgl. Straf-Prz.-O. § 99. 100. Konkurs-O. § 111.

5) Berner S. 595. H. Meyer S. 488.

6) Für diese Befugniß Goltd. Arch. VII S. 118. Oppenhoff § 299 Nr. 3. Blum § 299 Nr. 3. F. Meyer § 299 Nr. 2. Dagegen Merkel a. a. O. III S. 844.

Digitized by Google

Antrag ein. Antragsberechtigt ist der Eigenthümer des Schriftstückes, bei Briefen der Schreiber und Absender, aber auch der Adressat von dem Zeitpnnkte an, mit welchem das Recht über den Brief zu verfügen auf ihn überging[1]).

§ 59. Das preußische Strafgesetzbuch hatte in § 155 für strafbar erklärt alle Personen, welche unbefugterweise Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, davon ausgehend, daß solches Offenbaren zwar zu strafen sei, wenn der bei Bewahrung des Geheimnisses Interessirte genöthigt war es anderen Personen anzuvertrauen, nicht in anderen Fällen in denen er sich der Mittheilung enthalten konnte. Das deutsche Strafgesetzbuch[2]) hat dagegen dieser Strafsatzung eine beschränkende Bestimmung insofern beigefügt, als es diejenigen Personen namhaft macht, welche allein als mögliche Subjecte des Vergehens in Betracht kommen, und zu ihnen z. B. Geistliche, auf welche § 155 des preußischen Strafgesetzbuches Anwendung fand, nicht rechnet. Als solche Personen sind genannt: Rechtsanwalte, Advocaten, Notare, Vertheidiger in Strafsachen, Aerzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehilfen dieser Personen. Auf andere Personen und selbst solche denen das Gesetz die Pflicht der Verschwiegenheit in gewissen Beziehungen auferlegt, findet das Gesetz keine Anwendung[3]), wogegen als entscheidend nur die den bezeichneten Amtsstellungen entsprechenden Functionen, nicht die gebräuchliche Bezeichnung zu betrachten ist, darum das Wort „Notar" auch auf anders benannte Beamte der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu beziehen sein wird[4]). Auch die genannten Personen sind für die Offenbarung des Geheimnisses nur dann strafbar, wenn ihnen das Geheimniß kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut war. Anvertraut ist das Geheimniß nicht nur dann, wenn der Mittheilung das ausdrückliche Verbot der Offenbarung hinzugefügt wurde, sondern auch dann, wenn sie unter der

---

1) Rubo § 299 Nr. 7. Oppenhoff § 299 Nr. 5. Reber Antragsdelicte S. 398. Olshausen § 299 Nr. 8. Dagegen Klebs in Goltd. Arch. XIX S. 571. Nessel Antragsberecht. S. 28. Merkel a. a. O. Schwarze § 299 Nr. 6, welche Absender und Adressat unbeschränkt als antragsberechtigt betrachten.

2) § 300.

3) Oppenhoff § 300 Nr. 1. Olshausen § 300 Nr. 1. 2.

4) Oppenhoff a. a. O. Dagegen Olshausen § 300 Nr. 4.

Digitized by Google

stillschweigenden, aus dem Inhalte der Mittheilung selbst sich ergebenden, Voraussetzung der Bewahrung des Geheimnisses, erfolgte.

Die Offenbarung des Geheimnisses muß eine unbefugte sein und sie ist dies, wenn sie gegen den Willen dessen erfolgt der dasselbe anvertraut hat, es sei denn, daß die Offenbarung eine rechtlich pflichtmäßige ist[1]), oder daß das Gesetz sie ausdrücklich für rechtlich zulässig erklärt[2]). Schuldhaft und strafbar ist aber die unbefugte Offenbarung nur dann, wenn der Thäter sich dessen was er Anderen mittheilt als eines pflichtmäßig zu bewahrenden Geheimnisses bewußt war. Mangelt dieses Bewußtsein, so liegt ein die Strafbarkeit ausschließender Irrthum vor. Das Vergehen fordert aber nicht mehr als das vorsätzliche Offenbaren des Geheimnisses mit dem Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit, insbesondere nicht die Absicht einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, nicht die Absicht zu beschädigen, einen Gewinn zu ziehen. Wenn die Motive davon ausgehen, daß dies Offenbaren wohl meist aus Leichtsinn werde begangen werden, so handelt es sich um den Leichtsinn, welcher die möglichen Folgen der Handlung nicht berücksichtigt, und nur wenn der Thatbestand des Vergehens einen bestimmten, beabsichtigten Erfolg erforderte, könnte in Ermangelung solcher Absicht von einer fahrlässigen Verübung desselben die Rede sein[3]). Der zum Thatbestande des Vergehens erforderliche Dolus[4]) wird aber auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Thäter im Augenblicke des Handelns sich die ihm wohlbekannte Pflicht der Verschwiegenheit leichtsinniger Weise nicht klar vergegenwärtigt und ihr nicht den gebührenden Einfluß auf seine Willensbestimmung einräumt[5]).

---

1) Vgl. Strfgb. § 139.

2) Vgl. Straf-Prz.-O. § 52. Civil-Prz.-O. § 348. Oppenhoff § 300 Nr. 7. Olshausen § 300 Nr. 9. Dagegen Schwarze § 300 Nr. 5 der bedingungsweise den Nichtgebrauch des Rechtes der Zeugnißweigerung für strafbar erachtet.

3) Dagegen Meyer in Holtzdff. Hdbch. III S. 962, der eine fahrlässige Verübung annimmt, Schütze S. 505, nach welchem vorsätzliches Handeln nicht gefordert wird. Ein fahrlässiges Kundwerdenlassen des Geheimnisses würde nicht als ein Offenbaren bezeichnet werden können.

4) Buchelt § 300 Nr. 6. von Liszt S. 332. Olshausen § 300 Nr. 10.

5) Vgl. oben Bd. I S. 325.

Digitized by Google

Die Strafe ist Geldstrafe bis zu eintausend fünfhundert Mark oder Gefängniß bis zu drei Monaten.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein, und antragsberechtigt ist derjenige, welcher das Geheimniß anvertraute, eventuell sein Rechtsnachfolger, nicht andere Personen die ein Interesse an der Bewahrung des Geheimnisses haben[1]).

1) Reber a. a. O. S. 155. Oppenhoff § 300 Nr. 6. Olshausen § 300 Nr. 11. Dagegen v. Liszt S. 332.

Digitized by Google

## Fünftes Kapitel.

# Delicte gegen die Züchtigkeit der Person.

### 1. Einleitung.

§ 60. Die neuere Gesetzgebung wie die Doctrin hat sich einem alten Herkommen angeschlossen, wenn sie eine Reihe von Verbrechen unter der Kategorie der Fleisches- oder Unzuchts-Verbrechen oder der Verbrechen gegen die Sittlichkeit zusammenstellt. Es kommen alle diese Delicte darin überein, daß sie eine irgendwie gestaltete Verletzung der sittlichen Anforderung der Züchtigkeit, der Geschlechtsreinheit, enthalten, und es entspricht dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, wenn man in der gedachten Bezeichnung die Sittlichkeit in dem engeren Sinne der Züchtigkeit nimmt. Historisch rechtfertigt sich für das ältere gemeine Recht diese Zusammenfassung der Unzuchtsverbrechen dadurch, daß die gemeinrechtlichen Quellen, besonders unter dem hier überwiegenden Einflusse der kirchlichen Gesetzgebung, wirklich von der Tendenz ausgehen die unzüchtige Handlung an sich und als solche zu bestrafen. Auf ganz anderem Standpunkte steht die heutige Gesetzgebung, welche den Unzuchtsverbrechen viel engere Grenzen gezogen hat, aber nicht deshalb, weil sie nur ein gewisses hohes Maß der Unzüchtigkeit mit Strafe bedroht, andere leichtere Fälle der Unzüchtigkeit der individuellen Freiheit und dem richtenden Gewissen überläßt. Sie betrachtet nicht die Unzüchtigkeit als solche für strafbar, und nicht das Maß der Unzüchtigkeit als entscheidend für die Grenze zwischen strafbaren und straflosen Unzüchtigkeiten, sondern geht in ihren Strafbestimmungen lediglich von dem Gesichtspunkte aus, ob und in welchem Maße die unzüchtige Handlung als eine rechtsverletzende zu betrachten sei. Unter dieser Voraussetzung kann aber der Umstand, daß das Gesetz es für zweckmäßig erachtet hat in demselben Abschnitte alle strafbaren Handlungen zusammenzufassen, die darin übereinkommen mittelst einer Unzüchtigkeit verübt zu

Digitized by Google

werden, nicht auch entscheidend sein für die systematische Anordnung, für die nur die Frage entscheidend sein kann, welches Rechtsgut das Object des strafbaren Angriffes bildet[1]). An diesen Ort gehören deshalb nur diejenigen Unzuchtsdelicte die sich gegen das Recht der Person richten, wogegen diejenigen, welche das sittliche Wesen der Familie und die öffentliche Sittlichkeit zum Objecte haben, an eine andere Stelle zu verweisen sind.

Ein Angriff auf die Züchtigkeit der Person ist in allen Fällen nicht nur eine unsittliche Handlung, sondern auch eine rechtswidrige. Wer eine andere Person als Mittel zur Befriedigung der Geschlechtslust behandelt, vergeht sich ohne Zweifel in schwerer Weise an der Ehre derselben. Daß unzüchtige Angriffe, die nicht den Thatbestand eines von den Gesetzen selbständig behandelten Unzuchtsdelictes ergeben, als Beleidigung zu betrachten sind, ist niemals bezweifelt worden. Aber auch bei zwei wichtigen hierher gehörigen Unzuchtsdelicten, der Nothzucht und der Entführung im engern Sinne, ist selbst den älteren gemeinrechtlichen Quellen deren Beziehung auf die Ehre nicht fremd geblieben. Wenn gleichwohl die Angriffe auf die Züchtigkeit nicht mit den Ehrverletzungen zusammengestellt werden, so rechtfertigt sich dies in mehrfacher Beziehung. Sie kommen mit der Ehrverletzung darin überein, daß die sittliche Bedeutung der Person das Object des Angriffes bildet, wogegen hier diese sittliche Bedeutung, besonders in der Form der weiblichen Ehre, in sehr eigenthümlicher Gestalt erscheint. Hier wie dort wird Seitens des Thäters der **animus injuriandi** gefordert, d. h. ein vorsätzliches Handeln mit dem Bewußtsein, daß es geeignet ist, die Person in ihrem sittlichen Selbstgefühle zu verletzen, aber es geht hier die Absicht des Thäters darüber hinaus, indem sie auf Befriedigung der Geschlechtslust gerichtet ist. Hier wie dort ist der Erfolg der That eine Kränkung der Ehre, aber hier überhaupt nicht oder doch nicht bloß in dem Sinne, daß der Gekränkte die Mißachtung des Thäters oder der durch den Verleumder irre geleiteten öffentlichen Meinung zu tragen hätte, sondern in dem, daß er das Bewußtsein an seinem sittlichen Wesen Schaden gelitten zu haben, für alle Zeiten mit sich herumtragen muß, oder auch in dem Sinne, daß die unzüchtige That fortwirkend einen in das ganze sittliche Leben zerstörend eingreifenden Schaden gestiftet, den Keim zu einer sittlichen Krankheit gelegt hat. Dies letztere Mo-

1) Vgl. **Wahlberg** in Holtzendorff R.-Lexikon s. v. Unzucht.

Digitized by Google

ment ist das überwiegende in den Fällen, in denen der unzüchtige Angriff nicht wider den Willen der verletzten Person erfolgt, sondern mit deren durch Verführung veranlaßten Zustimmung.

## 2. Unzucht wider den Willen der verletzten Person.

§ 61. Das deutsche Strafgesetzbuch betrachtet die Verübung unzüchtiger Handlungen als rechtswidrig und strafbar unter der Voraussetzung, daß sie wider den Willen, oder doch ohne die rechtlich anzuerkennende Einwilligung derjenigen Person verübt werden, gegen deren Züchtigkeit der Angriff gerichtet ist[1]).

Der Thatbestand der Verbrechen die das Gesetz in dieser Beziehung unterscheidet hat in allen Fällen die Vornahme unzüchtiger Handlungen zur Voraussetzung. Als unzüchtig erscheint eine jede in geschlechtlicher Beziehung das Sittlichkeits- und Schamgefühl verletzende Handlung[2]). In den hierhergehörigen Fällen muß aber die unzüchtige Handlung an einer oder mit einer andern Person, also durch eine körperliche Berührung derselben, verübt sein. Werden derartige Unzüchtigkeiten gewiß am häufigsten die Befriedigung der Geschlechtslust zum Zwecke haben, so ist doch das Motiv für die Bedeutung der unzüchtigen Handlung an sich gleichgiltig[3]). Das Maß der Unzüchtigkeit kann aber freilich ein sehr verschiedenes sein, und schon die vom Gesetze gedrohte Strafe giebt zu erkennen, daß ein gewisses höheres Maß derselben vorausgesetzt wird, dessen Grenze sich nicht in allgemeiner Weise feststellen läßt. Als unzüchtig kann schließlich eine jede um der sinnlichen Lust willen verübte

---

1) Strfgb. § 176 der sich dem § 144 des preuß. Strfgb. anschließt, aber mit bedeutsamen Abweichungen, die sich daraus ergeben, daß das deutsche Strfgb. im Unterschiede vom preuß. die Nothzucht wieder als eigenthümliches Verbrechen behandelt. Vgl. Motive z. II Entwf. § 174. 175.

2) Schwarze in Holtzdff. Hdbch. III S. 303 und § 174 Nr. 2. Oppenhoff § 174 Nr. 1. Rüdorff § 174 Nr. 1. Olshausen § 174 Nr. 2. Meves S. 167. Rsprch. I S. 404. IV S. 275. Vgl. Binding in Ztschrft. f. St.-R.-W. II S. 450.

3) Oppenhoff § 174 Nr. 1. Rsprch. I S. 404. Dagegen Rubo § 174 Nr. 11. Olshausen § 174 Nr. 4. Schwarze § 174 Nr. 2 a. Rsprch. IV S. 275. Selbstverständlich kann die Handlung nicht als unzüchtig bezeichnet werden, wenn sie eine berechtigte oder pflichtmäßige ist, aber sie ist nicht bloß dann eine rechtswidrige, wenn sie aus dem Motive sinnlicher Lust entsprang.

Digitized by Google

körperliche Berührung der andern Person bezeichnet werden, sollte sie auch so beschaffen sein, daß, solange das Motiv verborgen bleibt, Niemand an ihr Anstoß nimmt. Es muß daher dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben im concreten Falle die Grenze zwischen der verbrecherischen Unzüchtigkeit und der als thätliche Beleidigung zu strafenden oder straflosen Unanständigkeit zu ziehen.

Das Gesetz unterscheidet näher drei Fälle und erklärt für strafbar 1) denjenigen der mit Gewalt unzüchtige Handlungen an einer Frauensperson vornimmt, oder sie durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zur Duldung unzüchtiger Handlungen nöthigt[1]).

Subject des Verbrechens kann ebensowohl eine Frau wie ein Mann sein, Object dagegen nur eine Frauensperson. Das Wort Frauensperson ist hier nicht nur gebraucht um das weibliche Geschlecht zu bezeichnen, sondern auch im Gegensatze zu dem noch nicht vierzehnjährigen Kinde weiblichen Geschlechtes, weil nur unter solcher Voraussetzung sich das Verhältniß erklärt in welchem die Bestimmung in § 176 Nr. 1 zu der in Nr. 3 steht[2]). Die unzüchtige Handlung muß mittelst Gewalt verübt oder die Frauensperson durch gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben zu deren Duldung genöthigt sein. Mittelst Gewalt wird sie aber nur verübt, wofern die Gewalt als Mittel zur Ueberwindung des geleisteten oder erwarteten Widerstandes angewandt wird, und es gehört darum hierher auch der Fall, daß die Gewalt so überraschend oder in der Art geübt wurde, daß ein Widerstand vor Verübung der unzüchtigen Handlung nicht geleistet werden konnte[3]). Jedenfalls muß die Gewalt gegen die Frauensperson selbst geübt worden sein[4]). Wurden vom Thäter Drohungen angewendet um dem erwarteten Widerstande zu begegnen, so ist es von entscheidender Bedeutung, daß eben diese Drohungen das Motiv der Angegriffenen

---

1) Strfgb. § 176.

2) Das Weitere darüber unten.

3) Oppenhoff § 176 Nr. 11. Schwarze § 176 Nr. 5. Rüdorff § 176 Nr. 2. Meves S. 167. Schwarze in Holtzdff. Hdbch. III S. 308 schließt den Fall, daß der Gewalt ein Widerstand nicht geleistet werden konnte hier aus, weil dann nur thätliche Beleidigung zu strafen sei. Darüber ob thätliche Beleidigung oder gewaltsame Unzucht vorliegt entscheidet aber nicht lediglich die Art der Gewaltübung, sondern die Beschaffenheit der unzüchtigen Handlung.

4) Dagegen Billnow im G.-Saal 1878 S. 142.

Digitized by Google

war die unzüchtige Handlung zu dulden, und das Gesetz betrachtet als ausreichendes Motiv solcher Duldung nur die Bedrohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, nimmt also an, daß einer anders gearteten Drohung gegenüber die Duldung eine freiwillige, nicht abgenöthigte sei. Die Bedrohung des Lebens oder der Gesundheit einer andern als der angegriffenen Person selbst würde, wenn sie diese zur Duldung bestimmt hätte, nicht als eine dem Gesetze entsprechende Nöthigung erscheinen[1]). Dagegen kommt es bei der Drohung nicht darauf an ob der Drohende die unzüchtige Handlung selbst vornahm oder ob ein Anderer, zu dessen Gunsten die Nöthigung verübt wurde.

Es gehört hierher 2) der Fall des s. g. stuprum nec violentum nec voluntarium der früher als Nothzucht betrachtet, seit dem vorigen Jahrhundert als eigenthümliches Verbrechen von dieser unterschieden wurde[2]). Der Thatbestand erfordert als Thäter einen Mann, als Object eine in einem willenlosen oder bewußtlosen Zustande befindliche oder geisteskranke Frauensperson, als Handlung den Mißbrauch derselben zum außerehelichen Beischlafe. Die Voraussetzung ist also zunächst die, daß der Thäter den angegebenen Zustand der Frauensperson vorfand, nicht selbst zum Zwecke der Beseitigung eines möglichen Widerstandes herbeiführte, und daß die That ohne den Willen der Gemißbrauchten verübt wurde. Wenn das Gesetz hierbei dem bewußtlosen Zustande, der als solcher auch ein willenloser ist, den willenlosen entgegensetzt, so kann unter letzterem nur ein Zustand verstanden werden, in welchem weder das Bewußtsein noch die Willensfähigkeit mangelt, wohl aber im Momente der That die Möglichkeit den Willen zum Zwecke der Abwehr und des Widerstandes zu äußern. Nur im uneigentlichen Sinne wird also ein solcher Zustand ein willenloser genannt werden können, denn sollte ein krankhafter Zustand solcher

---

1) Der preuß. Entwf. v. 1847 sprach von Bedrohung „ihr oder anderer Menschen Leib oder Leben", während das Strfgb. die Bedrohung Anderer strich. Dem ist das deutsche Strfgb. gefolgt und der Wortlaut des Gesetzes läßt eine andere Auslegung nicht zu, so wenig es auch gerechtfertigt ist, daß hier der Nothstand in dem die Angegriffene sich befindet enger gefaßt ist als in § 54. Beseler Comment. S. 315. Oppenhoff § 176 Nr. 13. Rüdorff § 176 Nr. 2. Olshausen § 176 Nr. 5. Dagegen Schwarze § 176 Nr. 6. Meves S. 168. Schütze S. 335.

2) Vgl. Hälschner Syst. II S. 315. Wächter Abhandlg. aus dem Strafr. S. 36. Wahlberg in Holtzdff. R.-Lexikon s. v. Schändung.

Digitized by Google

Schwäche oder allgemeiner Lähmung vorkommen, in welchem eine jede Willensäußerung durch Worte, Geberden, Mienen unmöglich ist, so möchte es doch wohl sehr fraglich sein ob er noch als ein Zustand der Bewußtheit bezeichnet werden kann. Als willenlos im Sinne des Gesetzes wird daher regelmäßig der Zustand der Frauensperson zu betrachten sein, in welchem sie zur Zeit der That unfähig zum Widerstande, gleichwohl einer Willenserklärung fähig ist, und als Mißbrauch derselben die Verübung des Beischlafes wider ihre Willenserklärung, oder auch ohne eine solche, wenn ein Zustand vorkommen sollte in welchem sie trotz der Bewußtheit jeder Willensäußerung unfähig ist[1]).

Wenn das Gesetz als mögliches Object des Verbrechens ferner noch die geisteskranke Frauensperson nennt, so hat dies offenbar nicht den Zweck die Geisteskranke nur als eine bedingungsweise ebenfalls Willenlose anzuführen[2]). Das Gesetz geht vielmehr davon aus, daß die Verübung des Beischlafes mit einer Geisteskranken als ein strafbarer Mißbrauch derselben auch dann zu betrachten sei, wenn sie, obwohl fähig ihre Muskelkräfte zu gebrauchen, keinen Widerstand leistete, sondern widerstandslos die That duldete, weil ihrem Wollen kein rechtlicher, die Schuld ausschließender Werth zuzuerkennen sei, und weil sie darum in allen Fällen, wie sie sich auch verhalten haben möge, als willenlos zu betrachten sei[3]).

---

1) Wächter a. a. O. Oppenhoff § 176 Nr. 16. Schwarze § 176 Nr. 11. Olshausen § 176 Nr. 10. 12. Meves S. 169. Krafft-Ebing in Strafrztg. XII S. 537. Dagegen Billnow a. a. O. S. 144. Rubo § 176 Nr. 8, welche in unzulässiger Weise eine dem Zustande der Willenlosigkeit vorhergegangene Einwilligung als den Thatbestand des Verbrechens ausschließend betrachten.

2) Wenn das preuß. Strfgb. § 144 nur vom willenlosen oder bewußtlosen Zustande sprach ohne die Geisteskrankheit zu nennen, so blieb es freilich zulässig auch die geisteskranke Person als eine willenlose zu betrachten, aber die Praxis betrachtete es als eine im concreten Falle zu beantwortende Frage ob die geisteskranke Person als willenlos zu betrachten sei oder nicht. Oppenhoff preuß. Strfgb. 6. Aufl. § 144 Nr. 12. Durch die Fassung des § 176 hat das deutsch. Strfgb. festgestellt, daß die Geisteskranke in allen Fällen rechtlich als willenlos zu betrachten sei.

3) Oppenhoff § 176 Nr. 18. Schwarze § 176 Nr. 11. Olshausen § 176 Nr. 14. Budde im G.-Saal 1872 S. 97. Jessen im G.-Saal 1879 S. 222. Dagegen Meves S. 169. Rubo § 176 Nr. 8 die im Widerspruche zum Gesetze die Geisteskranke nur bedingungsweise, wenn sie willenlos war, als mögliches Object des Verbrechens betrachten.



Digitized by Google

In allen Fällen dieses Verbrechens bildet in Betreff des Dolus die Kenntniß des Thäters von dem willenlosen, bewußtlosen, geisteskranken Zustande der Gemißbrauchten die nothwendige Voraussetzung. Die Erklärung des Gerichtsarztes, daß die Gemißbrauchte geisteskrank sei, ist darum in solchem Falle allein nicht entscheidend, und der Beweis, daß der Thäter die Geisteskrankheit erkannt habe wird freilich oft sehr schwierig sein, namentlich wenn es sich nicht um Irrsinn, sondern Blödsinn handelt[1]).

Vollendet ist das Verbrechen mit dem vollzogenen Beischlafe, d. h. nach der heut unbestritten geltenden Ansicht mit der Vereinigung der Geschlechtstheile.

3) Das Gesetz erklärt endlich für strafbar denjenigen, der mit Personen unter vierzehn Jahren unzüchtige Handlungen vornimmt, oder dieselben zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet.

Thäter kann in diesem Falle eine Person männlichen wie weiblichen Geschlechts und Object des Verbrechens ebenso ein Kind männlichen wie weiblichen Geschlechtes sein. Die Handlung kann bestehen zunächst in der Vornahme unzüchtiger Handlungen mit dem noch nicht vierzehnjährigen Kinde, aber im Unterschiede von dem in Nr. 1 bezeichneten Falle wird hier nicht erfordert, daß die unzüchtige Handlung mittelst Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben verübt sei. Daraus folgt, daß die Art der Verübung gleichgiltig ist, daß der Thatbestand des hier genannten Verbrechens vorliegt, ebensowohl dann, wenn die in Nr. 1 bezeichneten Mittel, wie dann wenn andere Mittel, anders geartete Drohungen, Versprechungen, Ueberredung angewandt wurden oder das Kind die unzüchtigen Handlungen freiwillig duldete. Das Gesetz geht also auch hier wie bei der geisteskranken Person davon aus, daß die Einwilligung des Kindes rechtlich als die Schuld des Thäters ausschließend nicht in Betracht kommt[2]). In dem Falle, daß der Thäter ein Mann, das Kind ein Mädchen ist, würde es zwar in Betreff der Strafe gleichgiltig sein, ob die mittelst Gewalt oder gefährlicher Drohung verübte That nach § 176 Nr. 1 oder Nr. 3 beurtheilt würde, aber im Sinne des

---

1) Jessen a. a. O. S. 224 f.

2) Der entsprechenden Bestimmung des preuß. Strfgb. lag zu Grunde die K.-O. v. 9. Novbr. 1815, nach der jede „an einer solchen unerwachsenen Person verübte Brutalität für erzwungen“ erachtet werden soll.

Digitized by Google

Gesetzes würde es unrichtig sein Nr. 1 anzuwenden, zunächst darum, weil es der Feststellung der Art der Verübung nicht bedarf, und weil in dieser Beziehung Nr. 3 den Thatbestand von Nr. 1 mit umfaßt und darüber hinausgeht.

Es kommt aber weiter die Frage in Betracht ob das noch nicht vierzehnjährige Mädchen im Sinne des § 176 und 177 als Frauensperson zu betrachten sei. Wäre dies der Fall, so würde die von einem Manne an dem Mädchen verübte unzüchtige Handlung, die jedenfalls Verübung des Beischlafes mit umfaßt, bedingungsweise sowohl nach § 176 Nr. 3 wie auch nach Nr. 1 und 2 und § 177 zu beurtheilen sein. Dies entspricht aber weder dem herrschenden Sprachgebrauche, nach welchem ein Kind weiblichen Geschlechts gewiß nicht als Frauensperson bezeichnet wird, noch auch der Fassung des § 176, der in Nr. 1 und 2 offenbar eine geschlechtsreife Frauensperson voraussetzt, welche volles Verständniß von der Bedeutung der an ihr vorgenommenen unzüchtigen Handlung besitzt, und in der Lage sein würde Widerstand zu leisten, wenn er nicht durch Gewalt oder Drohung überwunden oder durch ihren gegebenen Zustand ausgeschlossen wäre, wogegen in Nr. 3 ein Kind vorausgesetzt wird, bei dem wegen mangelnder Einsicht ein ernstlicher Widerstand in der Regel nicht zu erwarten, und eine widerstandslose Duldung rechtlich bedeutungslos ist. Allerdings wird je nach dem Alter des Kindes die Verübung des Beischlafes nicht in allen Fällen unmöglich sein, aber es wird die That auch dann nur nach § 176 Nr. 3, nicht nach § 176 Nr. 2 oder § 177 zu beurtheilen sein. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, daß dann die an einem Kinde verübte Nothzucht grundlos eine bedeutend geringere Strafe nach sich ziehen würde, als die Nothzucht an einer geschlechtsreifen Frauensperson, denn die schwerere Strafe erklärt sich im letzteren Falle genügend daraus, daß hier die That wegen der Möglichkeit einer Schwängerung für die Verletzte viel verhängnißvollere Folgen haben kann[1]).

---

1) Vgl. Schneider im G.-Saal 1876 S. 222 f. Haager ebenda 1875 S. 93 f. Entschdg. des Mecklenbg. O.-G. ebenda 1872 S. 100. Blum § 177 Nr. 4. Dagegen Oppenhoff § 176 Nr. 3. Rüdorff § 176 Nr. 2. § 177 Nr. 3. Olshausen § 176 Nr. 1. Schwankend Schwarze in Holtzdff. Hdbch. III S. 310, vgl. mit G.-Saal 1874 S. 503 und Comment. § 177 Nr. 4, wonach bei Verübung des Beischlafes eine geschlechtsreife Person, aber nicht Alter über 14 Jahre erfordert wird, ebenso Olshausen § 177 Nr. 3, eine Ansicht die jedenfalls am wenigsten dem Gesetze entspricht. Das R.-Gericht,

Digitized by Google

Die strafbare Handlung kann ferner darin bestehen, daß das Kind zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet, verführt wird, und gerade der Umstand, daß das Kind wegen Mangels an Einsicht und genügender Pflichterkenntniß der Verführung und der daraus entspringenden Schädigung seines sittlichen Lebens leicht ausgesetzt ist, bildet das Motiv der gesetzlichen Bestimmung. Ist, wenn der Thäter unzüchtige Handlung an dem Kinde vornimmt, die Verleitung als Mittel der Verübung nicht ausgeschlossen, so hat die noch ausdrücklich hervorgehobene Verleitung nicht lediglich die Bedeutung, daß sie auch dann gestraft werden soll, wenn sie das Kind nicht nur zur Duldung, sondern auch zur Verübung unzüchtiger Handlungen veranlaßte, vielmehr die, daß die Verleitung selbst als Unzuchtsverbrechen gestraft werden soll, gleichviel ob der Verleitende selbst die unzüchtige Handlung vornahm oder das Kind bestimmte sie an ihm vorzunehmen, ob er als Theilnehmer an dem Unzuchtsverbrechen eines Andern erscheint, zu dessen Gunsten er das Kind verleitete, oder ob er, obwohl an der verübten Unzüchtigkeit unbetheiligt, doch als alleiniger Thäter deshalb erscheint, weil er das Kind verleitete die Handlung seitens einer andern Person zu dulden oder an ihr zu verüben, welche als unzurechnungsfähig oder wegen mangelnder Kenntniß des Alters unter vierzehn Jahren straflos ist, oder weil er das Kind verleitete die Handlung an sich selbst vorzunehmen[1]).

Das Kind selbst bleibt straflos, woraus aber nicht gefolgert werden kann, daß durch § 176 für Unzuchtsdelicte das Alter der Unzurechnungsfähigkeit von zwölf auf vierzehn Jahre ausgedehnt worden sei[2]), denn der Grund der Strafloſigkeit ist im Falle des § 176 nicht Unzurechnungsfähigkeit, sondern mangelnde Rechtswidrigkeit des Duldens unzüchtiger Handlungen und des Verübens an einem Einwilligenden. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß es

---

Rſprch. III S. 144 nahm vollendete Nothzucht an einem vierjährigen Kinde an. Beiläufig sind zu rügen die in Betreff dieser Frage entwickelten unklaren und unhaltbaren Ansichten über ideale Concurrenz bei Oppenhoff § 176 Nr. 2. 26. Billnow im G.-Saal 1878 S. 140. F. Meyer § 176 Nr. 13. Olshausen § 176 Nr. 20. Haager a. a. O. S. 101. Dagegen Schneider a. a. O. S. 231.

1) Vgl. Hälschner Syst. II S. 322. Schwarze § 176 Nr. 20. Rüdorff § 176 Nr. 3. Olshausen § 176 Nr. 18.

2) So Schwarze § 176 Nr. 21. Puchelt § 176—78 Nr. 3. Billnow a. a. O. S. 133. Dagegen Oppenhoff § 176 Nr. 25. Meves S. 169. Rſprch. IV S. 882.

Digitized by Google

für die Praxis sich empfiehlt in Betreff der Unzuchtsdelicte Kinder unter vierzehn Jahren als unzurechnungsfähig zu behandeln[1]).

Der zur Verübung des Verbrechens erforderliche Dolus setzt voraus, daß dem Thäter das Alter des Kindes bekannt, oder daß er sich wenigstens bewußt war nicht zu wissen ob es bereits älter als vierzehn Jahre sei[2]).

Die Strafe ist in allen Fällen des § 176 Zuchthaus bis zu zehn Jahren, und wenn mildernde Umstände vorhanden sind Gefängniß nicht unter sechs Monaten. In Betreff der letzteren weisen die Motive auf die Erfahrung hin, daß die angewendete Gewalt oft einer sogenannten vis haud ingrata sich nähert, daß in manchen Fällen die Verletzte den Thäter, der wegen ihres vorherigen Benehmens berechtigt war einen Widerstand nicht zu erwarten, zur That gereizt hat, oder auch, daß sie durch ihr späteres Benehmen zu erkennen giebt, daß sie selbst die That als eine ihr angethane empfindliche Schmach nicht ansieht.

§ 62. Während das preußische Strafgesetzbuch, von dem gemeinen Rechte abweichend, im Anschlusse an den Code pénal die Nothzucht als eigenthümliches Verbrechen gar nicht erwähnte und in seinem, dem § 176 des deutschen Strafgesetzbuches entsprechenden, § 144, der Nr. 1 eine Fassung gegeben hatte, vermöge deren die Nothzucht nur als ein besonderer Fall der verschiedenen hier zusammengefaßten Delicte erschien, ist das deutsche Strafgesetzbuch von dieser allseitig getadelten Strafbestimmung[3]) abgewichen und hat in § 177 die Nothzucht wiederum im Sinne des früheren gemeinen Rechtes behandelt[4]).

Die Nothzucht besteht in der Nöthigung einer Frauensperson zur Duldung des außerehelichen Beischlafes. Kann den Beischlaf freilich nur ein Mann verüben, so kann sich doch keineswegs nur

---

1) Vgl. Olshausen § 176 Nr. 16.

2) Rüdorff § 176 Nr. 3. Olshausen § 176 Nr. 15.

3) Vgl. Hälschner Syst. II S. 310 f. Mittermaier in Goltd. Arch. VIII S. 299. Tippelskirch ebenda XII S. 783. Dalke ebenda XVII S. 90. Krämel im G.-Saal 1861 S. 1, wogegen John Entwf. S. 403 sich im Wesentlichen dem preuß. Strfgb. anschloß.

4) Ueber die geschichtliche Entwickelung der Lehre Hälschner Syst. II S. 289 f. Neuere Literatur: die oben angeführten Abhandlungen und Jagemann im Arch. 1889 S. 610. Wächter Abhandlg. aus dem Strafr. S. 20 f. Merkel in Holtzdff. R.-Lexikon s. v. Nothzucht. Schwarze in Holtzdff. Hdbch. III S. 309 f. Villnow im G.-Saal 1878 S. 146.

Digitized by Google

ein Mann des Verbrechens schuldig machen, denn abgesehen davon, daß eine Frau als Gehilfin, Anstifterin an dem Verbrechen Theil nehmen kann, so kann sie auch, wofern sie an der Ueberwältigung der Genothzüchtigten Theil nahm, als Mitthäterin, oder falls sie die Gewalt zu Gunsten eines Unzurechnungsfähigen verübte als alleinige Thäterin erscheinen[1]).

Als Object wird eine Frauensperson erfordert, und zwar, da nicht angenommen werden kann, daß § 177 dieses Wort in anderem Sinne als § 176 gebraucht habe, eine über vierzehn Jahre alte Frauensperson[2]). Wenn die Carolina, von dem Falle ausausgehend der die Regel bilden wird, die Nothzucht als Raub der jungfräulichen oder fräulichen Ehre, und darum als Object des Verbrechens nur die unverleumdete Frauensperson betrachtete, so entsprach dies schon damals nicht der in den Ländern des sächsischen Rechtes herrschenden Auffassung[3]), und mit der neueren Gesetzgebung hat auch das deutsche Strafgesetzbuch auf dieses Erforderniß verzichtet, denn auch der Person gegenüber die bereits selbst ihre weibliche Ehre durch unzüchtigen Lebenswandel aufgegeben hat, bleibt nicht nur die Gewalthätigkeit, sondern auch die Unzüchtigkeit strafbar, weil der üble Ruf den Thäter durchaus nicht berechtigt den völligen und irreparablen Verlust alles Gefühles für Züchtigkeit vorauszusetzen. Immerhin wird es für die Strafzumessung von Bedeutung sein ob das Verbrechen an einer ehrbaren oder an einer übel beleumundeten Person verübt wurde.

In Betreff der Handlung wird erfordert, daß die Frauensperson wider ihren Willen zur Duldung des Beischlafes genöthigt wurde. Dies kann geschehen durch Anwendung von Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Hierbei wird also vorausgesetzt, daß die Verletzte ernstlichen Widerstand nach dem Maße ihrer Einsicht und Auffassung der gegebenen Umstände leistete, und bei dem immer schwierigen Beweise wirklicher Nöthigung wird ebenso zu berücksichtigen sein, daß nicht eine s. g. vis haud ingrata als Nöthigung angesehen, wie die Ernstlichkeit des Widerstandes nach einem über Einsicht und Vermögen der

---

1) Schwarze a. a. O. S. 310. Oppenhoff § 177 Nr. 3. Rüdorff § 177 Nr. 2. Olshausen § 177 Nr. 2. 6. Rubo § 177 Nr. 6. Villnow a. a. O. S. 147. Dagegen Schütze S. 366. Meves S. 173.

2) Vgl. oben S. 223.

3) Hälschner Syst. II S. 304. Wächter a. a. O. S. 32.

Digitized by Google

Genothzüchtigten hinausgehenden Maßstabe gemessen werde[1]). Nach der Fassung des Gesetzes muß angenommen werden, daß Gewalt und Drohung hier nur soweit in Betracht kommen, als sie sich gegen die Frauensperson selbst richteten[2]).

Der Verübung der That mittelst Gewalt oder Drohung stellt aber das Gesetz gleich die Verübung mittelst List. Die That kann daher auch dadurch verübt werden, daß der Thäter den Beischlaf verübte, nachdem er zuvor und zu diesem Zwecke den zu erwartenden Widerstand dadurch ausschloß, daß er die Genothzüchtigte in einen willenlosen oder bewußtlosen Zustand[3]) versetzte.

Vollendet ist das Verbrechen mit Verübung des Beischlafes.

Die Strafe ist Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren und wenn mildernde Umstände vorhanden sind Gefängniß nicht unter einem Jahre.

Sowohl im Falle der Nothzucht als auch der in § 176 bezeichneten Delicte bildet es einen erschwerenden Umstand, wenn durch die betreffende Handlung der Tod der verletzten Person verursacht wurde[4]). Ausgeschlossen ist hier selbstverständlich der Fall, daß der Tod der verletzten Person dem Thäter zum Dolus, sei es dolus determinatus oder nur dolus eventualis, zuzurechnen sei. Vorausgesetzt wird, daß der Tod in ursächlichem Zusammenhange mit der verübten strafbaren Unzuchtshandlung stehe, gleichviel ob diese an sich selbst als vollendetes oder nur als versuchtes Verbrechen erscheint[5]). Aber nicht der Causalnexus an sich genügt um den Tod als erschwerenden Umstand zuzurechnen, und ebensowenig kann die Zurechnung von irgend einer eigenthümlichen Gestaltung des ursächlichen Verhältnisses abhängig gemacht werden, vielmehr wird erfordert, daß der Tod die schuldhafte Folge der That insofern war, als der Thäter im concreten Falle den Tod

---

1) Vgl. Berner S. 431. Schwarze § 177 Nr. 6 und in Holtzdff. Hdbch. III S. 311.

2) Merkel in Holtzdff. Hdbch. IV S. 417 Nr. 2. Olshausen § 177 Nr. 2c. Dagegen Schwarze § 177 Nr. 8 und in Holtzdff. Hdbch. III S. 311. Villnow a. a. O. S. 148. Vgl. oben S. 322.

3) Vgl. oben S. 122.

4) Strfgb. § 178.

5) Schwarze § 178 Nr. 3. Rubo § 178 Nr. 2, wogegen Oppenhoff § 178 Nr. 2. Olshausen § 178 Nr. 3. Rüdorff § 178 Nr. 3, falls das Unzuchtsverbrechen nur versucht war, § 178 nur in Verbindung mit § 43 anwenden wollen.

Digitized by Google

als nicht gewollte aber mögliche Folge der That vorhergesehen hat oder vorhersehen konnte. Es ist deshalb unrichtig und unmöglich, vom concreten Falle abgesehen, nur in Rücksicht auf die verschiedene Gestaltung des Causalverhältnisses in allgemeiner Weise bestimmen zu wollen ob der verursachte Tod als erschwerender Umstand zuzurechnen sei oder nicht[1]).

§ 63. Die neuere Strafgesetzgebung ist durchgängig von dem älteren gemeinen Rechte darin abgewichen, daß sie das stuprum voluntarium und die fornicatio, als lediglich unsittliche aber nicht rechtswidrige Handlungen, nicht mehr bestraft. Wohl aber erklärt sie derartige Unzüchtigkeiten für strafbar, sofern mit ihnen ein weiteres Moment in Verbindung tritt, vermöge dessen sie zugleich als rechtswidrig erscheinen. In diesem Sinne hat das deutsche Strafgesetzbuch, dem preußischen folgend, zwei Fälle des stuprum voluntarium als strafbar behandelt, nämlich 1) die Verübung des Beischlafes mit einer Frauensperson, welche in einen Irrthum versetzt wurde oder sich in ihm befand, in Folge dessen sie den Beischlaf für einen ehelichen hielt[2]). Es unterscheidet sich dieser Fall von der Nothzucht und der s. g. unfreiwilligen Schwächung wesentlich dadurch, daß die Geschwächte formell ihre Zustimmung gegeben hat, während sie gleichwohl den Beischlaf als einen außerehelichen nicht wollte. Die That erscheint also als ein rechtswidriger Angriff auf die Züchtigkeit, weil die Geschwächte nur durch ein trügerisches Benehmen des Thäters zur Gestattung des Beischlafes verleitet wurde.

Erfordert der Thatbestand des Verbrechens die Vollziehung des außerehelichen Beischlafes, so jedenfalls zu seiner Verübung die Mitwirkung eines Mannes, aber nicht nothwendig dies, daß der die Frauensperson Verleitende und der den Beischlaf Verübende

---

1) Für die Anwendung des § 176 kann nicht entscheidend sein, daß „die Ursache des Todes in der That selbst lag", Schwarze § 178 Nr. 1, daß der Tod „unmittelbar" durch die That verursacht wurde, Olshausen § 178 Nr. 2, denn die Frage nach der Verschuldung wird auch hier nicht durch die nach dem Causalnexus entschieden. Die bestrittenen Fragen ob § 178 Anwendung finde, wenn die Genothzüchtigte in Folge der Entbindung oder durch Selbstmord stirbt, können nur unter Berücksichtigung der Umstände des gegebenen Falles beantwortet werden. Vgl. die entgegengesetzten Ansichten bei Schwarze in Holtzdff. Hdbch. III S. 313 und § 178 Nr. 2. Rubo, Meves, Oppenhoff, Olshausen zu § 178. Schütze S. 342.

2) Strfgb. § 179.

Digitized by Google

dieselbe Person sei. Es kann darum eine Frau nicht nur der Beihilfe und Anstiftung sich schuldig machen, sondern auch als Mitthäterin erscheinen, sofern sie die Geschwächte verleitet, oder auch als alleinige Thäterin, sofern der den Beischlaf verübende Mann unzurechnungsfähig oder darum straflos ist, weil er selbst in Irrthum versetzt den Beischlaf für einen ehelichen hielt[1]).

Object des Verbrechens ist eine Frauensperson die das vierzehnte Lebensjahr bereits überschritten hat[2]), wogegen Unbescholtenheit derselben hier so wenig wie in den Fällen der §§ 176 und 177 vorausgesetzt wird.

Der Thatbestand erfordert ferner, daß die Frauensperson zur Gestattung des Beischlafes dadurch bestimmt wurde, daß sie diesen irrthümlich für einen ehelichen hielt, sei es daß sie zum Zwecke der That in diesen Irrthum versetzt, oder der vorhandene Irrthum zu solchem Zwecke benutzt wurde. Wenn das Gesetz hierbei als eine Art der Irrthumserregung Vorspiegelung einer Trauung erwähnt, so selbstverständlich unter der Voraussetzung, daß die Trauung die rechtliche Form der Eheschließung sei[3]), und es kann, nachdem in Deutschland die obligatorische Civilehe eingeführt ist, um so weniger einem Bedenken unterliegen die Vorspiegelung einer vor dem Civilstands-Beamten geschlossenen Ehe der einer Trauung gleichzustellen, als diese überhaupt nur beispielsweise genannt ist. Andrerseits würde der Thatbestand des Verbrechens ausgeschlossen sein, wenn nach geschlossener Ehe die Ehefrau sich nur durch Vorspiegelung einer kirchlichen Trauung zur Gestattung des ehelichen Beischlafes bestimmen ließ[4]). Würde die Frauensperson, wissend, daß gesetzlich durch kirchliche Trauung die Ehe nicht geschlossen wird, durch Vorspiegelung einer Trauung zur Gestattung des Beischlafes darum bestimmt, weil sie nach ihrer vom Gesetze abweichenden Auffassung unter Voraussetzung einer Trauung den Beischlaf als einen ehelichen betrachtet, so würde auch in solchem Falle die That nach § 179 zu strafen sein. Es genügt in diesem wie in jedem andern Falle die Thatsache, daß die Frauensperson den Beischlaf für einen ehelichen gehalten hat, gleichviel ob ihr Irrthum ein entschuldbarer

---

1) Villnow a. a. O. S. 148. Oppenhoff § 179 Nr. 3. Olshausen § 179 Nr. 1. Dagegen Schwarze § 179 Nr. 1.

2) Weil sonst die That nach § 176 Nr. 3 zu beurtheilen wäre.

3) Oppenhoff § 179 Nr. 2.

4) Villnow a. a. O. S. 149. Olshausen § 179 Nr. 2.

Digitized by Google

war oder nicht[1]). Ebenso würde § 179 anwendbar sein, wenn die Frauensperson rechtsirrthümlich die kirchliche Trauung als zur Eheschließung genügend ansah, und eine solche vorgespiegelt wurde[2]).

Vollendet ist das Verbrechen mit der Verübung des Beischlafes, nicht schon mit seiner Gestattung[3]).

Die Strafe ist Zuchthaus bis zu fünf Jahren, bei mildernden Umständen Gefängniß nicht unter sechs Monaten. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein, zu welchem nur die Verletzte selbst berechtigt ist.

2) Die Verführung eines unbescholtenen Mädchens, welches das sechszehnte Lebensjahr nicht vollendet hat[4]).

Subject des Vergehens ist ein Mann, und wenn zwar andere Personen, auch eine Frau sich der Beihilfe und Anstiftung des Thäters schuldig machen können, so doch nicht der Mitthäterschaft durch Verführung, da das Gesetz offenbar voraussetzt, daß der Verführer der den Beischlaf Verübende sei[5]). Object ist ein Mädchen unter sechszehn Jahren, aber nicht nothwendig ein solches das über vierzehn Jahre alt ist, und die Verführung eines noch nicht vierzehnjährigen Mädchens würde, wenn sie nach § 176 darum nicht gestraft werden könnte, weil der Thäter nicht wußte, daß sie weniger als vierzehn Jahre alt sei, nach § 182 zu strafen sei, falls er wußte, daß sie noch nicht sechszehn Jahre alt sei[6]). Das Mädchen muß unbescholten sein, und es versteht sich von selbst, daß sich die Unbescholtenheit hier nur auf das bisherige Verhalten in geschlecht-

---

1) Eben deshalb wurden die Worte des preuß. Strfgb. „halten mußte" in „hielt" umgeändert. Schwarze in Holtzdff. Hdbch. III S. 314. Olshausen § 179 Nr. 6.

2) Rüdorff § 179 Nr. 2. Olshausen § 179 Nr. 2.

3) Villnow a. a. O. S. 150. Oppenhoff § 179 Nr. 4. v. Liszt S. 374. Olshausen § 179 Nr. 5.

4) Strfgb. § 182.

5) Oppenhoff § 182 Nr. 7. Schütze S. 338. Olshausen § 182 Nr. 2. Verführung zur Duldung des Beischlafes mit einer andern Person würde eventuell als Kuppelei zu strafen sein. Das Gesetz fordert Verführung zum Beischlafe, nicht zur Gestattung desselben. Dagegen Villnow a. a. O. S. 154.

6) Die Bestimmung des preuß. Strfgb. § 148 nach der das Alter von vierzehn bis sechszehn Jahren gefordert wurde, ist im deutsch. Strfgb. absichtlich geändert, um bei Unanwendbarkeit des § 176 nach § 182 strafen zu können. Fr. Meyer § 182 Nr. 1. Rüdorff § 182 Nr. 2. Olshausen § 182 Nr. 3. Dagegen Schwarze in Holtzdff. Hdbch. III S. 315.

Digitized by Google

licher Hinsicht bezieht, wonach das Mädchen als unbescholten dann gelten muß, aber auch nur dann gelten kann, wenn nicht bekannt ist, daß es sich bisher einem außerehelichen Beischlafe hingegeben hat[1]). Das Gesetz will der Verführung gegenüber das Mädchen dagegen schützen, daß es in jugendlichem Leichtsinne seine jungfräuliche Ehre Preis gebe, und betrachtet die Verführung eben darum als strafbar, weil der erste Fehltritt fortwirkend das sittliche Leben des Mädchens gefährdet. Bei einem Mädchen, das bereits außerehelichen Beischlaf in schuldhafter Weise verübt hat, wird darum von einer strafbaren Verführung nicht mehr die Rede sein können[2]). Was als Verführung anzusehen sei, ist nur im concreten Falle zu beurtheilen, und nur daran ist festzuhalten, daß einerseits bei Verübung des Beischlafes mit einem solchen Mädchen nicht ohne Weiteres eine Verführung angenommen werden darf, vielmehr die Thatsachen festgestellt werden müssen, die den Schluß auf eine stattgehabte Verführung rechtfertigen, und daß andrerseits hier die freie, wenn auch durch Verführung motivirte Zustimmung des Mädchens zum Beischlafe, den es als außerehelichen kannte, vorausgesetzt wird[3]).

Der Thatbestand des Vergehens ist ausgeschlossen, wenn der Thäter nicht wußte, daß das Mädchen weniger als sechszehn Jahre alt ist.

Die Strafe ist Gefängniß bis zu einem Jahre. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der Eltern oder des Vormundes der Verführten ein.

---

1) Wahlberg a. a. O.

2) Die Frage nach der Unbescholtenheit ist thatsächlicher Natur, aber es verstößt gegen die ratio legis der Unbescholtenheit so weite Grenzen zu ziehen wie Schwarze a. a. O. S. 315 und Oppenhoff § 182 Nr. 2. Vgl. Rsprch. IV S. 468.

3) Von Verführung im Sinne des § 182 kann, wie das R.-G. Rsprch. III S. 168 annimmt, unmöglich die Rede sein, wenn das Mädchen wegen mangelndem Verständniß, die Bedeutung der That nicht kennt, und irrthümlich annimmt es handle sich um ein Heilverfahren. Im Falle des § 182 wird Einwilligung in den als solchen gekannten Beischlaf vorausgesetzt, die im angegebnen Falle mangelt, und eher würde jener merkwürdige Fall als Nothzucht zu betrachten sein, weil das Mädchen durch Erregung eines Irrthums in einen widerstandslosen und in diesem Sinne willenlosen Zustand versetzt wurde.

Digitized by Google

### 3. Strafbare Unzucht an der einwilligenden Person.

§ 64. Im Anschlusse an analoge Bestimmungen der meisten deutschen Strafgesetzbücher hat das preußische, und ihm folgend das deutsche gewisse Fälle von Unzucht, obwohl mit freier Zustimmung beider Theile verübt, darum für strafbar erklärt[1]), weil es darauf ankam Personen, die zu anderen in einem Abhängigkeitsverhältnisse stehen, das zu Unzüchtigkeiten leicht Gelegenheit bietet, gegen die ihrer Züchtigkeit drohenden Gefahren zu schützen, und weil es sich hier um Unzüchtigkeiten handelt, die mit dem Mißbrauche einer Stellung verbunden sind, welche bestimmte rechtliche oder sittliche Pflichten auferlegt. Wird also in diesen Unzuchtsfällen nicht vorausgesetzt, daß irgend welcher widerrechtlicher Zwang gegen den Willen einer andern Person stattgefunden habe, so würde die strafbare Widerrechtlichkeit nur in einer Verführung oder in der Verletzung einer besondern, dem Thäter obliegenden Verpflichtung gesucht werden können[2]). Das Strafgesetzbuch ist jedoch hier von dem polizeilichen Gesichtspunkte ausgegangen, und hat bestimmten Personen überhaupt die Verübung von Unzüchtigkeiten mit anderen, zu ihnen in dem vom Gesetze angegebenen Verhältnisse stehenden Personen verboten, ohne Rücksicht darauf, ob im concreten Falle eine Verführung oder die Verletzung einer besondern dem Thäter obliegenden Pflicht nachweisbar ist. Hiergegen ist gewiß an sich nichts einzuwenden, jedoch würde, wenn es nur darauf ankommt Unzucht, in Verhältnissen die dazu leicht Gelegenheit bieten, zu verhüten, der Strafbestimmung folgerecht ein noch weiterer Umfang zu geben und eine Strafsatzung zu vermeiden sein, die in manchen der hierher gehörigen Fälle durchaus unangemessen erscheint[3]).

Der Thatbestand des Verbrechens erfordert vorsätzliche Verübung unzüchtiger Handlungen, deren der Thäter sich als solcher, als gegen das Sittengesetz verstoßender, bewußt ist[4]), womit also Hand-

---

1) Strfgb. § 174.

2) Wie die meisten deutsch. Strfgb. so forderten auch die preuß. Entwürfe „Verführung", „Verleitung", „Mißbrauch". Goltd. Mat. II S. 291.

3) Vgl. Hälschner Syst. II S. 326 f. Leonhardt in Goltd. Arch. IX S. 588.

4) Oppenhoff § 174 Nr. 1. Rüdorff § 174 Nr. 1. Olshausen § 174 Nr. 2.

Digitized by Google

lungen, die objectiv als unzüchtig erscheinen könnten, ausgeschlossen sind, wenn sie im gegebenen Falle erlaubte oder gebotene waren.

Es wird ferner gefordert ein bestimmtes persönliches Verhältniß des Thäters zu der Person, mit welcher er die unzüchtige Handlung vornahm, und als solche Verhältnisse bezeichnet das Gesetz 1) das der Vormünder zu ihren Pflegebefohlenen, der Adoptiv- und Pflegeeltern zu ihren Kindern, das der Geistlichen, Lehrer und Erzieher zu ihren minderjährigen Schülern oder Zöglingen[1]). Wenn allen diesen Personen vermöge ihrer Stellung die Pflicht obliegt das sittliche Leben der Kinder, Pfleglinge, Zöglinge zu wahren und zu fördern, so liegt in der Vornahme unzüchtiger Handlungen mit ihnen offenbar eine schwere Verletzung der besondern ihnen obliegenden rechtlichen und sittlichen Pflicht, durch die eine strenge Strafe gerechtfertigt erscheint.

2) Das Verhältniß von Beamten zu den Personen gegen die sie eine Untersuchung zu führen haben, oder die ihrer Obhut anvertraut sind, indem hier die Verübung von Unzüchtigkeiten als Mißbrauch eines Autoritätsverhältnisses erscheint. Unter dem Beamten, dessen Obhut eine andere Person anvertraut ist, wird hier derjenige zu verstehen sein, welcher über die ihm anvertraute Person eine amtliche Gewalt zu üben berufen ist, d. h. eine Gewalt, welche Namens der öffentlichen Gewalt im Staate und kraft des Gesetzes geübt wird, ohne Rücksicht darauf, ob der, welcher der ihm anvertrauten Person gegenüber eine solche Gewalt zu üben hat, auch im Uebrigen die Stellung eines öffentlichen Beamten hat oder nicht[2]).

---

1) Streitig ist die Frage ob es in Betreff der Pflegeeltern nur auf die Thatsache der Uebernahme der Pflege und Erziehung ankomme, wofür doch wohl die ratio legis spricht, oder ob das Dasein eines Pflegschaftsverhältnisses nur nach dem geltenden Civilrecht zu beurtheilen sei. Oppenhoff § 174 Nr. 5. 7. Schwarze in Holtzdff. Hdbch. III S. 307. Olshausen § 174 Nr. 11. Rüdorff § 174 Nr. 2. Rsprch. II S. 565. 646. Bei Lehrern und Erziehern ist allein entscheidend, daß ihnen Schüler, Zöglinge zum Zwecke der Lehre, der Erziehung anvertraut sind, nicht dies, daß sie ein öffentliches Amt bekleiden. Unbedenklich ist das Gesetz auch auf Lehrerinnen, Erzieherinnen anzuwenden.

2) Oppenhoff § 174 Nr. 12. Schwarze § 174 Nr. 13. 17. v. Liszt S. 372. Dagegen Meves in Holtzdff. Hdbch. III S. 960. Rüdorff § 174 Nr. 2. Olshausen § 174 Nr. 15. Rubo § 174 Nr. 17, welche hier die Definition des Beamten in § 359 als entscheidend ansehen, wogegen nicht nur die ratio legis spricht, wie Meves selbst zugiebt, sondern

Digitized by Google

3) Das Verhältniß von Beamten, Aerzten oder anderen Medizinalpersonen, welche in Gefängnissen oder in öffentlichen, zur Pflege von Kranken, Armen oder andern Hilflosen bestimmten Anstalten beschäftigt oder angestellt sind, zu den in das Gefängniß oder die Anstalt aufgenommenen Personen. Man wird dieses Verhältniß keineswegs in allen Fällen, namentlich wenn von demjenigen der Gefangenen zu den im Gefängniß Angestellten abgesehen wird, als ein solches betrachten können, bei dem durch Unzüchtigkeiten eine besonders obliegende sittliche Pflicht verletzt oder ein Autoritätsverhältniß mißbraucht würde, vielmehr ist bei demselben weit überwiegend der polizeiliche Gesichtspunkt entscheidend, in öffentlichen Anstalten die dazu leicht Gelegenheit bieten, Verübung von Unzucht zu verhüten. Soweit es sich aber um diesen Gesichtspunkt handelt ist kein Grund einzusehen, warum nur die vom Gesetz bezeichneten Personen gestraft werden sollen, warum nicht auch die in die Anstalt Aufgenommenen, welche unzüchtige Handlungen geduldet oder mit anderen Aufgenommenen verübt haben. Ebenso ist insoweit die Strafsatzung eine ganz unangemessene, und wenn das deutsche Strafgesetzbuch, vom preußischen abweichend, hier die Annahme mildernder Umstände zugelassen hat, so bleibt es doch ein bedenklicher Uebelstand, wenn die mildernden Umstände dazu dienen müssen der fehlerhaften ordentlichen Strafe des Gesetzes auszuweichen.

Die Strafe ist Zuchthaus bis zu fünf Jahren, wenn mildernde Umstände vorhanden sind Gefängniß nicht unter sechs Monaten.

### 4. Widernatürliche Unzucht.

§ 65. Unnatürliche Unzucht zwischen Personen verschiedenen, und widernatürliche Unzucht zwischen Personen desselben Geschlechtes ist nach dem deutschen Strafgesetzbuche strafbar, sofern sich der Thatbestand eines der in den §§ 174 und 176 bezeichneten Verbrechen ergiebt. Es kann ferner solche Unzucht je nach Gestaltung des Falles nach § 240 als Nöthigung, nach § 183 als Verletzung

---

auch der Umstand, daß der Beamte im Sinne des § 174 Nr. 3 unmöglich in diesem Sinne gedeutet werden kann, wie dies Rüdorff zugiebt, und auch nicht einzusehen wäre, warum, wenn das Amt im engern Sinne entscheidend wäre, das Gesetz neben den angestellten ausdrücklich auch die bloß beschäftigten Aerzte genannt hätte.

Digitized by Google

der öffentlichen Sittlichkeit bestraft werden. In allen diesen Fällen kommt die unzüchtige Handlung nicht lediglich an sich, sondern als solche in Betracht, welche eine rechtsverletzende Wirkung ausübt. Das deutsche Strafgesetzbuch ist aber nicht hierbei stehen geblieben, sondern hat der gemeinrechtlichen Tradition und dem preußischen Strafgesetzbuche folgend, trotz vielfachen Widerspruches[1]) geglaubt noch eine weitere und besondere, die widernatürliche Unzucht betreffende Strafbestimmung aufnehmen zu müssen, weil angeblich das Rechtsbewußtsein im Volke solche Handlungen nicht bloß als Laster, sondern als Verbrechen beurtheile. Gewiß kann die an sich unsittliche, lasterhafte Handlung zugleich eine verbrecherische, strafwürdige sein, sofern sie das Recht Anderer verletzt, störend in die rechtlich geordneten Zustände der Gesellschaft eingreift. Sofern sie aber in keiner Beziehung eine derartige Wirksamkeit ausübt, sofern ihr ethischer Unwerth lediglich für das Verhältniß des Handelnden zu sich selbst in Betracht kommt, unterliegt sie auch nur der Beurtheilung nach dem Sitten- nicht nach dem Rechtsgesetze, und die Strafgesetzgebung greift über ihre Grenzen hinaus, wenn sie es unternimmt, das sittliche Wesen des Menschen gegen die eigne Unsittlichkeit zu schützen.

Das Gesetz[2]) beschränkt die strafbare widernatürliche Unzucht auf die zwischen Personen männlichen Geschlechtes oder von Menschen mit Thieren begangene. Bei Verübung unter Personen männlichen Geschlechts wird vorausgesetzt, daß nicht irgend welche Nöthigung stattgefunden habe und nicht ein Knabe unter vierzehn Jahren mißbraucht, verleitet worden sei. Es wird also freie Einwilligung beider Theile erfordert, und beide erscheinen als Mitthäter, gleichviel ob vielleicht der Eine sich nur duldend, der Andere activ seine Geschlechtslust befriedigend verhalten habe[3]). Ein Rechtsgut, das Object des rechtswidrigen Angriffes wäre, läßt sich nicht angeben,

---

1) Hälschner Syst. II S. 313. Dalke in Goltd. Arch. XVII S. 88. John Entwf. S. 400. Erörterung strafrechtl. Fragen aus d. Gebiete der gerichtl. Medizin. Anlage z. I Entwf. S. 21. Das Gemeinschädliche des § 143 d. preuß. Strfgb. und seine nothwendige Tilgung als § 152 im Entwurfe des nordd. Strfgb. 1869. Dagegen H. Meyer Das Norddeutsche Strafrecht S. 56. Vollert Kritik d. Entwfs. S. 46.

2) Strfgb. § 175.

3) Oppenhoff § 175 Nr. 2. Schwarze § 175 Nr. 2. Rüdorff § 175 Nr. 5. Ist der Duldende genöthigt worden, so findet in Betreff des Thäters ideelle Concurrenz von § 175 und 240 statt.

Digitized by Google

es sei denn etwa in dem gewiß seltenen Ausnahmefalle, daß der Thäter die Unzucht an einem Bewußtlosen, Schlafenden verübt, in welchem Falle die That als Beleidigung des letzteren erscheinen würde, aber von der Bestrafung nach § 175 gewiß nicht auszuschließen ist[1]). In Betreff der Handlung und ihrer Beschaffenheit ist darauf Gewicht zu legen, daß das Gesetz hier nicht von Vornahme unzüchtiger Handlungen, sondern von Verübung widernatürlicher Unzucht spricht, was in Verbindung mit der im älteren gemeinen Rechte herkömmlichen Auffassung der Päderastie und Sodomie[2]) nur dahin wird gedeutet werden können, daß zum Zwecke widernatürlicher Befriedigung des Geschlechtstriebes eine dem natürlichen Beischlafe nachgebildete, ihm ähnliche Handlung verübt worden sei[3]). Ob dies der Fall sei, wird sich nur im concreten Falle beurtheilen lassen. Schwierig wird es sein, das vollendete Vergehen von dem nicht strafbaren Versuche desselben zu unterscheiden. Da zum Thatbestande desselben nicht Vornahme irgend welcher unzüchtigen Handlung genügt, sondern eine solche erfordert wird, die in der Absicht der Befriedigung des Geschlechtstriebes verübt wurde, so wird das Vergehen auch nur dann als vollendet anzusehen sein, wenn die Handlung dieser Absicht in einer der Vollendung des natürlichen Beischlafes analogen Weise entsprach[4]), und es würde diese exceptionelle strict zu interpretirende Strafbestimmung weit über die richtigen Grenzen ausgedehnt werden, wenn die Vollendung als mit jedem unzüchtigen Acte gegeben betrachtet werden dürfte[5]).

Die Strafe ist Gefängniß, womit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verbunden werden kann.

---

1) Rsprch. III S. 151. Vgl. V S. 143.

2) Wächter Abhdlg. S. 173. 187. 369.

3) Vgl. in Betreff der bald engeren bald weiteren Deutung der Unzucht Oppenhoff § 175 Nr. 1. Rüdorff § 175 Nr. 3 a. Olshausen § 175 Nr. 2. Billnow a. a. O. S. 134. v. Liszt S. 372. Rsprch. I S. 652. 662. II S. 220. 723. III S. 113. IV S. 493. 775.

4) Olshausen § 175 Nr. 4.

5) Die Ansicht des preuß. Ob.-Trib. (Oppenhoff XII S. 5), daß der Thatbestand des Delictes auch alle Versuchshandlungen umfasse, so auch Rüdorff § 175 Nr. 4. Schwarze § 175 Nr. 2. Goltd. Arch. XIX S. 194, ist durchaus grundlos.

Digitized by Google

## 5. Die Entführung.

§ 66. Zu denjenigen Delicten, welche sich als rechtswidrige Angriffe auf die Züchtigkeit darstellen, ist wesentlich auch die Entführung[1]) im Sinne des älteren gemeinen Rechts zu rechnen, welche das deutsche Strafgesetzbuch[2]), dem preußischen folgend, mit andern Fällen der Entführung zu den Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit gestellt hat. Das die Entführung in diesem Sinne charakterisirende und von andern Fällen des Entführens unterscheidende Moment ist die Absicht des Thäters die entführte Person dadurch, daß er sich ihrer bemächtigt hat, zur Unzucht oder zur Ehe zu bringen. Die Gefährdung der weiblichen Ehre, nicht die Freiheitsbeschränkung ist das wesentliche Moment im Thatbestande des Delictes[3]), wogegen für die Strafbarkeit allerdings die Frage von entscheidender Bedeutung ist, ob mit dem Angriffe auf die Züchtigkeit ein solcher auf die Freiheit verbunden ist oder nicht, ob die Entführung gegen den Willen der Entführten verübt wurde, oder mit ihrer Zustimmung.

Der Thatbestand der Entführung erfordert als Object eine Frauensperson[4]), jedoch hat das deutsche wie das preußische Strafgesetzbuch das Erforderniß des Unverleumdetseins der Entführten

---

1) Literatur: Tittman Beiträge zu d. Lehre v. d. Verbrechen gegen d. Freiheit u. s. w. 1806 S. 33 f. — Hälschner Syst. II S. 300 f. 328 f. — Wächter Abhandlungen S. 41 f. 310 f. — Hepp im N. Arch. XIV S. 467. — Wahlberg in Holtzdff. R.-Lexicon s. v. Entführung. — Geyer in Holtzdff. Hdbch. III S. 607 f. — Billnow in Goltd. Arch. XXIV S. 118 f.

2) Strfgb. § 236—238.

3) Schon die ältere Doctrin scheidet den raptus in der Regel von den Unzuchtsverbrechen aus, und stellt ihn zum crimen vis, und ebenso ist in neuerer Zeit die Entführung meist zu den Verbrechen wider die Freiheit gestellt worden, so von Grolman, Feuerbach, Bauer, Salchow, Abegg, Wächter, Marezoll. Als Unzuchtsdelict betrachten die Entführung Henke II S. 172. Mittermaier z. F. § 255. Heffter § 458. Temme Lehrb. § 168. Geyer a. a. O. S. 608. H. Meyer S. 647, jetzt auch Wächter Deutsch. Strfr. S. 371.

4) Die Frage ob ein Mann Object des raptus sein könne ist früher vielfach erörtert worden, obwohl nach den gemeinrechtlichen Quellen die Verneinung der Frage keinem Zweifel unterliegt. Von den neueren Strfgb. kennen eine Entführung des Mannes die von Bayern 1813, Würtbg., Hannover, Altenburg, Thüringen.



Digitized by Google

aufgegeben, wonach also dieser Umstand nur bei der Strafzumessung in Betracht zu ziehen sein wird. Subject des Delictes ist nicht nothwendig ein Mann[1]), wofern die Entführung nur in der Absicht die Entführte zur Unzucht oder zur Ehe zu bringen, vollbracht und die Entführte in eine Lage versetzt wird, durch welche ihre Züchtigkeit wirklich gefährdet erscheint. Dies wird stets dann der Fall sein, wenn sie durch einen Mann entführt wurde oder auch durch eine Frau, die als Mitthäterin eines Mannes die Entführung verübte, und die Entführte der Gewalt eines Mannes überlieferte, dagegen wenn eine Frau allein und selbständig die That in der gedachten Absicht verübte, nur unter Voraussetzung besonderer die Gefährdung der Züchtigung bekundender Umstände[2]). Hiernach wird aber auch rücksichtlich der weiteren Frage, wie das Entführen näher beschaffen sein müsse, ob und welche Entfernung von dem bisherigen Aufenthaltsorte erforderlich sei, auf jede casuistische Unterscheidung verzichtet und daran, als der allgemeinen Norm festgehalten werden müssen, daß eine Entführung anzunehmen ist, wofern die Entführte in eine Lage gebracht wurde, in welcher sie, entfernt von dem bisherigen Aufenthaltsorte und den Schutzmitteln, die ihr derselbe darbot, der Macht des Thäters unterworfen und den Einflüssen ausgesetzt ist, durch welche sie bestimmt werden soll sich der Unzucht Preis zu geben oder eine Ehe zu schließen[3]).

---

1) Oppenhoff § 236 Nr. 1. Schwarze § 236 Nr. 1. Rüdorff § 236 Nr. 3. Rubo § 236 Nr. 2. Villnow a. a. O. S. 120. Geyer a. a. O. S. 615. Wächter Deutsch. Strfr. S. 372. Dagegen Temme Lehrb. S. 734. Puchelt § 236—238 Nr. 1 und das Gesetz tadelnd Schütze S. 417.

Ueber die alte Streitfrage ob die Entführung auch vom Bräutigam an der eignen Braut verübt werden könne Wächter Abhdlg. S. 75. Nach dem deutsch. Strfgb. wird sie in allen Fällen, auch wenn die Absicht dahin ging die Entführte zur Ehe zu bringen, als strafbare Entführung zu betrachten sein. Temme a. a. O. S. 735. Oppenhoff § 237 Nr. 2. Rüdorff § 236 bis 238 Nr. 4. Geyer a. a. O. S. 616.

2) So gewiß wenn eine Kupplerin die That verübte und die Entführte in ein Bordell bringt. Dagegen Wächter a. a. O. S. 373.

3) Geyer a. a. O. S. 615. Rüdorff § 236 Nr. 2. Villnow a. a. O. S. 118. Ueber die früheren casuistischen Unterscheidungen Hälschner Syst. II S. 331. Ein bloßes Zurückhalten einer Frauensperson in der ihre Ehre gefährdenden Absicht, das andere deutsche Strfgb. berücksichtigen, würde nicht genügen. Geyer a. a. O. Oppenhoff § 236 Nr. 6.

Digitized by Google

Vollendet ist das Delict mit der Entführung in der angegebnen Absicht, ohne Rücksicht darauf ob die Absicht erreicht wurde. Daß sie erreicht wurde, kann nur bei der Strafzumessung in Betracht kommen.

Zu den allgemeinen Erfordernissen des Thatbestandes der Entführung treten sodann die weiteren, durch die vom Gesetz unterschiedenen Fälle derselben bedingten. Findet die Entführung wider den Willen[1]) der Entführten statt, so kann sie an jeder Frauensperson begangen werden, gleichviel ob sie großjährig und selbständig oder minderjährig und einer Familiengewalt unterworfen, ob sie verheirathet ist oder nicht, selbstverständlich mit Ausschluß der eignen Ehefrau des Entführers. Eigenthümlich ist aber diesem Falle, daß hier die Entführung als eine an der Entführten begangene Freiheitsberaubung erscheint, die ihren eigenthümlichen Charakter durch die Absicht des Thäters und die Lage, in welche die Entführte gebracht wurde, erhält. Die Mittel der Entführung sind Gewalt oder Drohungen, durch welche sich die Entführte zur Nachgiebigkeit bestimmen läßt, ohne daß das Gesetz hier ein bestimmtes Maß oder Gefährlichkeit der Drohung fordert, sowie List, welche sich entweder als Erregung eines Irrthums äußern wird, in Folge dessen die Entführte formell einwilligend wider ihren Willen sich in die Gewalt des Entführers begiebt, oder als Versetzung der Entführten in einen Zustand der Bewußtlosigkeit oder anderer Widerstandslosigkeit[2]).

Wird die Entführung mit Einwilligung der Entführten verübt, so kann Object derselben nur eine minderjährige unverehelichte Frauensperson sein, und die Entführung einer, wenn auch minderjährigen, einwilligenden Ehefrau ist nach dem deutschen Strafgesetzbuche nicht als Entführung strafbar[3]). Da in diesem Falle der Entführung die rechtswidrige Freiheitsbeschränkung mangelt, so erscheint sie als rechtswidrig und strafbar nur, wofern durch die Entführung das Recht der Personen verletzt wird, denen eine rechtliche Gewalt über die Entführte zusteht, und die darum ebenso

---

1) Entscheidend ist die mangelnde Einwilligung der Entführten und es wird hierher auch der Fall zu rechnen sein, daß eine unzurechnungsfähige Person entführt wird. Villnow a. a. O. S. 105. Oppenhoff § 236 Nr. 4.

2) Geyer a. a. O. S. 617. Rüdorff § 236—238 Nr. 8. Schwarze § 236 Nr. 3.

3) Abweichend vom älteren gemeinen Rechte und den meisten deutsch. Strfgb.

Digitized by Google

befugt sind den Aufenthaltsort der Entführten zu bestimmen, wie ihr sittliches Leben zu überwachen und zum Abschlusse einer Ehe mit derselben ihre Zustimmung zu geben oder zu versagen, wofern also die Entführung wider den Willen der Eltern oder des Vormundes verübt wurde[1]). Die mit ihrer Zustimmung Entführte selbst ist nicht strafbar.

Die Strafe der Entführung wider den Willen der Entführten ist Zuchthaus bis zu zehn Jahren, wenn sie in der Absicht sie zur Unzucht zu bringen verübt wurde, Gefängniß, wenn in der Absicht sie zur Ehe zu bringen. Die Entführung der Einwilligenden wird in dem einen wie andern Falle mit Gefängniß bestraft.

Die Strafverfolgung tritt in allen Fällen nur auf Antrag ein. Hat der Entführer die Entführte geheirathet, so findet die Verfolgung nur statt, nachdem die Ehe für ungültig erklärt worden ist, weil es mit dem Wesen der Ehe, wenn ihre Gültigkeit nicht angefochten wird, unvereinbar ist, daß der Ehemann auf Antrag der Frau, ihrer Eltern oder des Vormundes strafrechtlich verfolgt werden soll[2]). Daraus folgt von selbst, daß hier unter Entführer nicht nur derjenige zu verstehen ist, der das Entführen selbst verübt hat, sondern auch der Mitthäter, zu dessen Gunsten ein Anderer die Entführung verübte, um die Entführte in seine Gewalt zu bringen[3]). So lange die Ehe nicht für ungültig erklärt ist ruht die Verjährung, und ebenso beginnt sie nicht zu laufen, so lange die Entführte sich noch in der Gewalt des Entführers befindet, und damit die Begehung des Delictes als fortdauernd erscheint[4]).

---

1) Daß, wie behauptet wird, Schwarze § 237 Nr. 2, Oppenhoff § 237 Nr. 5, Geyer a. a. O. S. 617, Schütze S. 419, der Thatbestand der Entführung ausgeschlossen sei, wenn die Eltern, der Vormund durch listige Täuschung zur Einwilligung bestimmt wurden, wird nicht unbedingt als richtig anzuerkennen sein. Gewiß ist der Thatbestand der Entführung ausgeschlossen, wenn sie durch List bestimmt wurden in die Ehe, in Verübung von Unzucht mit der Minderjährigen einzuwilligen, nicht aber dann, wenn sie nur einwilligten, daß die Minderjährige in Begleitung des Entführers sich entfernte.

2) Vgl. Motive z. II Entwf. z. § 233.

3) Geyer a. a. O. S. 618. Schütze S. 420.

4) Vgl. Strfgb. §§ 67. 69.

Digitized by Google

# Sechstes Kapitel.
# Betrug.

## Literatur.

Ueber die geschichtliche Entwickelung der Lehre vom Betruge vgl. Hälschner System II S. 333 f. Freund Lug und Trug unter den Germanen 1863. — Merkel Krim. Abhandlungen II S. 1—55.

Neuere Literatur: Cucumus Das Verbrechen des Betruges 1820. — Preuschen Beitrag zur Lehre vom Betruge. — Escher Lehre vom strafbaren Betruge und der Fälschung 1840. — Temme Der Betrug 1841. — Ortloff Lüge, Fälschung und Betrug 1862. — Köstlin Abhandlungen S. 119 f. und in d. Zeitschrift f. Civilr. u. Prozeß N. F. XIV S. 447. — Merkel Lehre vom strafbaren Betruge 1867. — Derselbe in Holtzendorff Handbuch III S. 750 f. — Gryziecki Studien über den strafbaren Betrug 1870. — Haager im Gerichts-Saal 1875 S. 561. — Zimmermann ebenda 1877 S. 120. — Haager ebenda 1877 S. 363. — Waag ebenda 1879 S. 241. — Feige in Goltdammer Archiv XXVI S. 303.

## 1. Einleitung.

§ 67. Jede Art der Entstellung, Vorenthaltung, Unterdrückung der Wahrheit erscheint an sich als eine lediglich unmoralische Handlung und hat als solche für das Strafrecht keine Bedeutung. Das unhaltbare, von neueren Criminalisten construirte Recht auf Wahrheit verdankt seinen Ursprung dem Streben sehr verschiedenartige Fälle strafbarer Wahrheitsentstellung unter eine allgemeine Kategorie zusammenzufassen, indem man von der Verschiedenheit des Objectes der Rechtsverletzung absah, sich lediglich an die Form der strafbaren Handlungen hielt und, um einen ihnen allen gemeinsamen Inhalt zu gewinnen, sie als Verletzungen des Rechtes auf Wahrheit bezeichnete[1]). Die hohe Bedeutung, welche Redlichkeit

---

1) Cucumus a. a. O. S. 1—29. Henke III S. 2. Wächter II S. 204. Abegg §§ 192. 197. 199. Röder Naturrecht § 136. Schilling Naturrecht § 86, in beschränktem Maße auch Ortloff a. a. O. § 6. Da-

Digitized by Google

und Wahrhaftigkeit auch für das Rechtsleben hat, ist gewiß nicht zu verkennen, aber sogewiß eine weitverbreitete Lügenhaftigkeit eine für die Bewahrung des Rechtszustandes bedenkliche Erscheinung ist so wenig ist doch darum die Wahrhaftigkeit eine rechtliche Pflicht, und nicht weniger bedenkliche Folgen würde ihre Behandlung als Rechtspflicht für die sittlichen Zustände nach sich ziehen. Ein strafrechtliches Interesse gewinnt die Wahrheitsentstellung nur da, wo sie als Form der Begehung einer strafbaren Rechtsverletzung und damit als ein Moment im Thatbestande derselben erscheint. Ist diese Form des Handelns für die strafrechtliche Bedeutung des Delictes gewiß niemals gleichgiltig, so hängt doch das Maß dieser Bedeutung von dem Verhältnisse ab, in welchem die Form des Delictes zum Inhalte steht. Das trügerische Benehmen kann, wie bei dem Morde, dem Menschenraube, der Entführung als ein Moment im concreten Thatbestande des einzelnen Falles erscheinen, während es für den besonderen Thatbestand der Delictsart gleichgiltig ist, ob die That in der Form des listigen, täuschenden Benehmens oder der Gewalt begangen wird. Eine höhere Bedeutung gewinnt die Wahrheitsentstellung als Form des strafbaren Handelns, wenn sie, wie bei der Verleumdung, falschen Anklage, einen mitbestimmenden Einfluß auf den Thatbestand der Delictsart ausübt und als nothwendiges Moment desselben erscheint. Niemals aber kann die Täuschung als Form des Delicts eine so überwiegende Bedeutung erlangen, daß vor ihr der Inhalt des Delicts ganz zurückträte, und sein Thatbestand, vom Inhalte völlig abgesehen, in der Form erschöpft wäre. Weil der Inhalt des Delictes, die Frage nach Art und Beschaffenheit der Rechtsverletzung, nothwendig in erster Linie für Art und Maß der Schuld und Strafbarkeit entscheidend ist, kann die Form der Begehung des Delictes immer nur neben dem Inhalte desselben in Betracht kommen, nie eine ausschließliche Geltung für den strafrechtlichen Werth des Delictes in Anspruch nehmen, und es ist die Statuirung formeller, vager Verbrechen, wie sie das ältere gemeine Recht vermöge seiner eigenthümlichen geschichtlichen Entwickelung kannte, eine durchaus verwerfliche. Strafrechtlich darf also die Wahrheitsentstellung überhaupt nur als Mittel zur Begehung einer strafbaren Rechtsverletzung,

---

gegen Klein im N. Arch. I S. 138. Escher a. a. O. S. 53. 84. Köstlin a. a. O. S. 120. Temme Lehrb. S. 974. Freund Das Recht auf Wahrheit 1862.

Digitized by Google

niemals an sich selbst als eigenthümliches Delict in Betracht kommen[1]).

Hatte sich dem entsprechend in der Doctrin wie in der Gesetzgebung zunächst zwar eine strengere und richtigere Scheidung der Fälschung und des Betruges allmälig Bahn gebrochen[2]), so fand in Betreff des Thatbestandes des Betruges doch noch immer eine bedeutende Verschiedenheit der Auffassung statt. Im Anschlusse an die gleichen Bestrebungen der Doctrin hat auch die neuere Gesetzgebung vielfach den Thatbestand des Betruges in einer Weise zu bestimmen gesucht, die es möglich machte eine Reihe rücksichtlich des Objectes der Rechtsverletzung ganz verschiedener Fälle trügerischen Benehmens demselben zu subsumiren. Es hatte dieses Verfahren ein nur doctrinäres Interesse ohne alle praktischen Folgen, wenn, wie in einigen Strafgesetzbüchern[3]), zwar eine allgemeine Definition des Betruges vorangeschickt, nicht aber auch eine allgemeine Strafbestimmung hinzugefügt, vielmehr sofort eine Reihe einzelner Betrugsfälle mit verschiedenen Strafbestimmungen aufgezählt wurde. War hiermit nicht einmal so viel gewonnen, daß die Definition des Betruges diejenigen Momente des Thatbestandes enthält, die allen strafbaren Betrugsfällen gemeinsam sind, so erscheint der Betrug nur als die Titelüberschrift die den Fehler verdeckt, daß viele verschiedenartige Delicte darum zusammengefaßt werden, weil sie rücksichtlich der Form der Begehung eine größere oder geringere Aehnlichkeit darbieten.

Anders verhält es sich da, wo der allgemeinen Definition des Betruges auch eine allgemeine Strafbestimmung beigefügt wurde[4]), und sodann noch eine Reihe gesetzlich ausgezeichenter Betrugsfälle mit besonderer Strafbestimmung hinzutrat. Erscheint damit der Betrug als eine subsidiäre Kategorie, die bei jeder in der Form des trügerischen Benehmens begangenen Rechtsverletzung anwendbar ist, wofern nicht der Thatbestand eines qualificirten Betruges oder eines anderen benannten Delictes vorliegt, so ist doch einerseits das Bedürfniß einer solchen subsidiären Kategorie

1) Dagegen noch Köstlin a. a. O. S. 121 f., ohne seine Auffassung folgerichtig durchzuführen.

2) Als gesetzlich ausgezeichneten Fall des Betrugs betrachten die Fälschung noch die Strfgb. von Bayern 1813, Oldenburg 1814 und Altenburg.

3) So in den Strfgb. von Bayern 1813, Oldenburg 1814, Hannover. Vgl. Leonhardt II S. 145. 378.

4) So die Strfgb. von Altenburg, Hessen, Nassau, Lübeck.

Digitized by Google

nicht als berechtigt anzuerkennen, und andrerseits ergiebt sich damit der Fehler, daß nicht nur unter demselben Namen, sondern auch unter derselben Strafbestimmung Delicte zusammengefaßt werden, die vermöge ihres verschiedenen Inhaltes auch rücksichtlich der Schuld und Strafbarkeit sehr verschieden sind, eine Consequenz der man dadurch möglichst auswich, daß man den Betrug in viele gesetzlich ausgezeichnete Fälle auflöste und für den einfachen Betrug möchlichst wenig übrig ließ[1]).

Wird endlich der Betrug, wie dies die neuere Gesetzgebung vorwiegend[2]), und so auch das deutsche Strafgesetzbuch, gethan hat, auf die betrügliche Vermögensbeschädigung beschränkt, so würde es an sich allerdings folgerichtig sein, einen Sprachgebrauch aufzugeben, nach welchem ein Delict, das eines eigenthümlichen Inhaltes durchaus nicht entbehrt, mit einem Namen bezeichnet wird, der nur der Form desselben entlehnt ist, ein praktisches Bedürfniß aber, von dem herkömmlichen Sprachgebrauche abzuweichen, ist gewiß nicht vorhanden.

Kommt der Betrug mit dem Diebstahle, der Unterschlagung, Sachbeschädigung darin überein, wie diese Delicte in einer rechtswidrigen Beschädigung des fremden Vermögens zu bestehen, so unterscheidet er sich von ihnen durch die Form der Begehung. Die Eigenthümlichkeit des Betruges liegt darin, daß der Betrüger die Vermögensbeschädigung unter dem Scheine, Wille und Recht des Andern zu respectiren, verübt, indem er sich des Wollens und Handelns eines Anderen als unfreien Instrumentes seiner That bedient. Unter dem Scheine der freien Selbstbestimmung des Andern vollen Spielraum zu lassen, wird mittelst Erregung eines Irrthums und Mißbrauch des Erkenntnißvermögens, dem Getäuschten selbst unbewußt, eben diese freie Selbstbestimmung ausgeschlossen und der fremde Wille als Mittel der Beschädigung benutzt. Es unterscheidet sich also der Betrug vor allem von dem civilrechtlich zu verfolgenden dolus, der als der weitere Begriff zwar den Betrug mit umfaßt, aber nicht nothwendig eine Täuschung, sondern überhaupt nur vorsätzliches Zuwiderhandeln gegen die fremde Vermögensberechtigung erfordert. Das Moment aber, durch

---

1) Einen neueren Vertheidiger hat diese Auffassung des Betruges an Ortloff a. a. O. II S. 389 gefunden.

2) So die Strfgb. von Würtemberg, Braunschweig, Baden, Thüringen, Preußen, Sachsen, Bayern 1861, Oldenburg 1858.

Digitized by Google

das sich der Betrug als strafbare Handlung charakterisirt, liegt in dem Umstande, daß der Betrüger die Vermögensberechtigung mittelst eines widerrechtlichen Zwanges gegen den Willen des Anderen verübt. Der Thatbestand des Betruges erfordert demnach vorsätzliche Vermögensbeschädigung verübt durch Erregung eines Irrthums, um mittelst desselben den Irrenden zu dem beschädigenden Thun zu bestimmen. Gegenstand des rechtswidrigen Angriffes ist bei dem Betruge das Vermögensrecht in allen seinen Formen, und wenn der Betrug in diesem Momente seines Thatbestandes mit dem Verbrechen der Erpressung übereinkommt, so unterscheidet er sich durch dasselbe von den andern gegen das Vermögen gerichteten Delicten, welche Verletzung des Eigenthumsrechtes voraussetzen.

## 2. Der Thatbestand des Betruges.

§ 68. Der Thatbestand des Betruges im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches erfordert, daß das Vermögen eines Anderen durch den Betrüger beschädigt worden sei. Von einer Beschädigung des Vermögens kann aber nur die Rede sein, wenn der Werth desselben wider den Willen des Berechtigten vermindert wurde. Hieraus folgt, daß die freiwillige Hingabe eines Vermögenswerthes für eine Leistung die nicht in einem Vermögenswerthe besteht, ebenso wie jede Handlung der Liberalität, an sich zwar nicht als eine Beschädigung des Vermögens zu betrachten ist, daß aber gleichwohl die betrügliche Erlangung einer Liberalität nicht darum vom Betruge auszuschließen ist, weil hier die Minderung des Vermögens eine freiwillige gewesen sei. Hier wie in allen Fällen des Betruges ist das Wesentliche gerade dies, daß der Betrogene nur scheinbar freiwillig handelt, während er in Wahrheit durch den Irrthum in einen Zustand der Unfreiheit versetzt war. Wer eine Liberalitätshandlung vornimmt, die er nicht vorgenommen haben würde, wenn er nicht durch einen Irrthum, in den er versetzt war, dazu bestimmt worden wäre, ist nicht weniger an seinem Vermögen beschädigt als derjenige, welcher durch Irrthum zu einer Leistung bestimmt wurde, für die er nicht das erwartete Aequivalent erhält[1]).

1) Die Gesetzgebung hat mehrfach die betrügliche Bettelei vom Betruge ausgeschieden und milder als diesen bestraft, so die Strfgb. von Würtemberg, Hessen, Baden, Sachsen und auch Preußen § 118, während das deutsche Strfgb. eine solche Bestimmung nicht kennt. Jedenfalls können derartige Bestimmungen

Digitized by Google

So wenig zum Betruge eine Werthverminderung des Vermögens ausreicht, wofern sie nicht zugleich wider den Willen des Berechtigten erfolgte, ebensowenig eine wider den Willen des Berechtigten durch Täuschung herbeigeführte Disposition über das Vermögen, falls sie keine Minderung des Werthes zur Folge hatte. Ausgeschlossen vom Betruge sind also alle Fälle, in denen durch Täuschung zwar der Zustand des Vermögens verändert wurde, aber eine Beschädigung nicht stattfand, weil durch die Täuschung nur ein Austausch gleicher Werthe veranlaßt wurde, und ebensowenig findet eine Beschädigung des Vermögens statt, wenn der Getäuschte sich bestimmen ließ, einer rechtlichen Verbindlichkeit zu genügen [1]).

Das Gesetz bezeichnet die durch Täuschung bewirkte Vermögensbeschädigung, nicht die durch Täuschung veranlaßte ohne Beschädigung erfolgende Disposition über das Vermögen, für strafbar. Nicht

---

nicht mit Preuschen a. a. O. S. 10, Escher S. 97. 107 damit gerechtfertigt werden, daß die Zuwendung eine freiwillige gewesen sei. Vgl. über die betrügliche Bettelei Merkel Betrug S. 214 f. Schwarze § 263 Nr. 15 a. Oppenhoff § 263 Nr. 36. Wenn Merkel a. a. O. S. 210 f. behauptet, daß der Getäuschte eine Beschädigung nur dann erleidet, wenn er das materielle oder ideale Aequivalent, das er für seine Leistung zu erhalten dachte, nicht erhält, so ist es gewiß richtig, daß, wer eine Liberalitätshandlung vornimmt, seinem eignen Interesse damit zu dienen sucht, weil eben kein Mensch absolut selbstlos, ohne eignes Interesse zu handeln vermag. Will man das Gefühl der Befriedigung, einem Nothleidenden geholfen zu haben, als Aequivalent der milden Gabe bezeichnen, so ist auch dagegen nichts einzuwenden, nur kann ich nicht einsehen, was durch diese Auffassung in Betreff der Sicherheit und Klarheit der Abgrenzung des Gebietes, vgl. Merkel in Holtzdff. Hdbch. III S. 765, gewonnen wird, z. B. gegenüber von der Täuschung über Motive. Es handelt sich um die Frage nach der Vermögensbeschädigung, also zunächst darum, ob eine Minderung des Vermögens stattgefunden hat, und diese ist auch dann nicht zu leugnen, wenn Jemand für den hingegebenen Vermögenswerth das erwartete ideale Aequivalent erhielt, denn für den Vermögenswerth kommen ideale Aequivalente nicht in Betracht. Es fragt sich ferner, ob die Minderung des Vermögens wider Willen des Berechtigten erfolgte, und das ist bei Liberalitätshandlungen dann der Fall, wenn sich die Täuschung auf das Motiv derselben bezog, während, wenn keine Minderung des Werthes des Vermögens stattgefunden hat, eine Täuschung in Betreff des Motives freilich bedeutungslos ist.

1) Köstlin Ztschrft. XIV S. 313. Abhdlg. S. 153. Leonhardt II S. 381. Merkel Betrug S. 103. Oppenhoff § 263 Nr. 16. Schwarze § 263 Nr. 5.

Digitized by Google

die Täuschung an sich, nicht der Zwang der dem Erkenntnißvermögen und Willen des Getäuschten angethan wird, ist strafbar, sondern nur die mittelst solchen Zwanges bewirkte Beschädigung des Vermögens, und die entgegengesetzte Auffassung würde zu einer so maßlosen Ausdehnung des Betrugsbegriffes führen, daß damit der Betrug seinem durch das Gesetz festgestellten eigenthümlichen Charakter ganz entfremdet erscheinen würde[1]).

Wer durch Täuschung veranlaßt wird, irgendwie über sein Vermögen zu verfügen, erscheint allerdings insofern als verletzt, als wider seinen Willen eine Aenderung in seiner Vermögenslage eingetreten ist, aber eben diese Verletzung genügt zum Thatbestande des Betruges nicht, sofern sie nicht zugleich als Beschädigung des Vermögens erscheint. Ganz abgesehen davon, daß von Betrug nicht die Rede sein kann, wenn Jemand durch Täuschung veranlaßt wurde wider seinen Willen seine Vermögenslage zu verbessern, gilt dasselbe auch von dem Falle, daß die Aenderung im Zustande des Vermögens keine Minderung desselben zur Folge hatte, und es ist deshalb unzulässig eine solche Aenderung schon darum als Beschädigung zu betrachten, weil sie dem Willen und dem individuellen Interesse des Getäuschten widerspricht[2]). Bei dem Austausch

---

1) Merkel Betrug S. 103 und in Holtzdff. Hdbch. III S. 758. Gryziecki a. a. O. S. 90.

2) Fand mittelst Täuschung ein Austausch gleicher Werthe statt, so kann von Vermögensbeschädigung und Betrug nicht die Rede sein, obwohl der Getäuschte sich in dem individuellen Interesse, das ihn zum Tausche bestimmte, verletzt finden wird. Köstlin Ztschrft. XIV S. 153. Leonhardt II S. 381. Merkel Betrug S. 103. 233. Schwarze § 263 Nr. 5. Gryziecki a. a. O. S. 90 f. Rubo § 263 Nr. 6. Olshausen § 263 Nr. 22. Gleichwohl herrscht in der Praxis die Neigung Vermögensbeschädigung und Betrug überall anzunehmen wo Jemand durch Täuschung zu einer seinen Interessen nicht entsprechenden Disposition bestimmt wurde, ohne Rücksicht darauf, daß Leistung und Gegenleistung ihrem Werthe nach sich entsprechen. Vermögensbeschädigung soll auch dann vorliegen, wenn die Gegenleistung den individuellen Absichten und Verhältnissen des Getäuschten nicht entspricht. Rsprch. d. preuß. O.-Trib. XVIII S. 343. Der Richter soll sich auf den Standpunkt des Betrogenen stellen und jede Aufwendung als Beschädigung beurtheilen, die der Getäuschte nicht gemacht hätte, wenn er nicht geglaubt hätte eine andre Sache oder eine Sache mit andern Eigenschaften zu erwerben als er erworben hat, wenn auch die erworbene einen gleichen Schätzungswerth hat als jene die er erwerben wollte oder als das dafür gegebene Aequivalent. Rsprch. d. preuß. O.-Trib. XVII S. 844. XVIII S. 341. XX S. 146. XXIII S. 536. Entsch. IV

Digitized by Google

gleicher Werthe wird naturgemäß ein Jeder zu solchem Tausche sich nur dadurch bestimmen lassen, daß er in Rücksicht auf seine individuellen Bedürfnisse den Werth, den Gebrauchswerth des zu Empfangenden höher schätzt, als den Tauschwerth des Hingegebenen. Findet er sich in Betreff des seinen individuellen Wünschen und Interessen entsprechenden Werthes getäuscht, so kann solche Täuschung als strafbarer Betrug gleichwohl nicht betrachtet werden, wenn das Empfangene seinem Tauschwerthe nach das volle Aequivalent des Hingegebenen bildet. Daraus, daß eine Täuschung in Betreff besonderer erwarteter und zugesicherter Eigenschaften civilrechtliche Folgen nach sich zieht, folgt noch nicht, daß sie auch dem Thatbestande des strafbaren Betruges entspreche, denn betrügerische Beschädigung erfordert Werthverminderung des Vermögens, die nicht vorliegt, so lange Leistung und Gegenleistung ihrem Schätzungswerthe nach einander entsprechen, der Getäuschte darum in der Lage ist ohne Verlust das Empfangene wieder zu veräußern.

Viel bestritten ist die Frage ob eine Gefährdung des Vermögens als Beschädigung zu betrachten sei, eine Frage, die weder unbedingt zu bejahen noch unbedingt zu verneinen ist. Wird im Unterschiede von der Werthverminderung des Vermögens schon die bloße Gefährdung des Vermögens für ausreichend erklärt um Vermögensbeschädigung anzunehmen, so handelt es sich nur um eine zur Zeit noch ungewisse Möglichkeit künftiger Beschädigung, die eben als solche nicht wirkliche Beschädigung ist und zum Thatbestande des Betruges nicht genügt. Es ist deshalb unrichtig und unzulässig, wenn man als Vermögensbeschädigung nicht nur die Werthverminderung des Vermögens, sondern auch, in Rücksicht auf mögliche Beschädigungen, jede ungünstigere Gestaltung der Vermögenslage bezeichnet[1]). Insbesondere darf also auch das Er-

---

S. 117. Rsprch. II S. 399. IV S. 364. Rüdorff § 263 Nr. 4. Oppenhoff § 236 Nr. 16. H. Meyer S. 560. 562. Soll für die Vermögensbeschädigung nicht der Schätzungswerth, Tauschwerth, sondern nur das individuelle Interesse des Berechtigten maßgebend sein, so erscheint damit die Vermögensbeschädigung überhaupt nicht mehr als nothwendiges Moment im Thatbestande des Betruges, und der Betrug erfordert nur noch, daß der Getäuschte zu einer Aenderung seiner Vermögenslage wider seinen Willen bestimmt wurde. Vgl. über die Praxis Merkel in Holtzdff. Hdbch. IV S. 432. Olshausen § 263 Nr. 22.

1) So Oppenhoff § 263 Nr. 13. 25. Rüdorff § 263 Nr. 4 und die dort angeführten Entscheidungen, wonach Erwerb eines unsichern Forderungs-

Digitized by Google

schleichen eines Credits, der ohne Täuschung über die Vermögensverhältnisse und Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht würde bewilligt worden sein, nicht schon an sich selbst als eine Beschädigung des Vermögens betrachtet werden. Der Thäter handelt allerdings mit dem Bewußtsein dem Gläubiger ein geringeres Maß von Sicherheit als das vorgespiegelte zu bieten, ein Bewußtsein, das von einem auf Beschädigung gerichteten dolus eventualis wesentlich verschieden ist[1]), und so wenig das Crediterschleichen in subjectiver Beziehung dem Thatbestande des Betruges entspricht, ebensowenig in objectiver, denn ein geringeres Maß der Sicherheit als das vom Gläubiger vorausgesetzte und erwartete ist nicht schon an sich selbst Vermögensbeschädigung. Noch weniger wird eine solche in der Regel bei der durch Täuschung erschlichenen Verlängerung des Credits stattfinden, weil es sich hierbei gewöhnlich nicht einmal um Täuschung in Betreff der Sicherheit der Forderung, sondern nur in Betreff des Motives der Ausstandsbewilligung handeln wird[2]).

Eine Gefährdung des Vermögens ist dagegen für den Thatbestand des Betruges als ausreichend zu betrachten, wenn sie eine irgend wie bestimmbare Werthverminderung des Vermögens, damit

---

rechtes, Annahme eines zweifelhaften Zahlungsmittels, Hingabe eines Darlehns an einen unsichern Schuldner, sollte auch Rückzahlung erfolgen, Erlangung einer zweifelhaften Hypothek, Gewährung eines Credits statt der zu beanspruchenden Baarzahlung, Annahme eines weniger günstigen Schuldbekenntnisses u. s. w. als Vermögensbeschädigung zu betrachten sei. Vgl. auch Pezold § 263 Nr. 1. 3. 4. 11. 12. 14. Zimmerle § 263 Nr. 14. 19. 21. 22. Dagegen Merkel in Holtzdff. Hdbch. III S. 762. Gryziecki a. a. O. S. 104. Schwarze § 263 Nr. 6. Meves in Strfrszeitg. XII S. 165. Waag in G.-Saal 1879 S. 242.

1) Köstlin Abhdlg. S. 156. Ztschrft. XIV S. 327 betrachtet die Crediterschleichung als eine mit dolus eventualis verübte Vermögensbeschädigung.

2) Merkel Betrug S. 242 und in Holtzdff. Hdbch. III S. 762. Gryziecki a. a. O. S. 105. Schwarze § 263 Nr. 7. Schütze S. 471. Vgl. Entscheidungen im G.-Saal 1875 S. 150. 1876 S. 506. Dagegen H. Meyer S. 560. v. Liszt S. 291. Schütze S. 471. Olshausen § 263 Nr. 20. Die Bundes-Comission hat, nach Mittheilung Schwarze's a. a. O., eine die Strafbarkeit des bloßen Creditbetruges ausschließenden Bestimmung als überflüssig abgelehnt. Ueber die Frage, ob das betrügliche Crediterschleichen im Interesse des Verkehrs als eigenthümliches Delict zu behandeln sei, Merkel Betrug S. 243. Strfgb. von Sachsen 286 und dazu Krug. Strfgb. von Hannover 311 und Leonhardt II S. 386.

Digitized by Google

eine Beschädigung in sich schließt. Wenn der Getäuschte durch Uebernahme einer formell rechtsbeständigen Verbindlichkeit in die Gefahr kommt leisten zu müssen was er nicht schuldet, so hat er bereits eine Werthverminderung des Vermögens erfahren, und wird nicht erst durch die Leistung selbst beschädigt[1]), denn der Umstand, daß ihm Rechtsmittel zu Gebote stehen, durch deren Benutzung er sich von der Pflicht zu leisten und von der eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien vermag, kann den Thatbestand des Betruges ebensowenig alteriren, als der Umstand, daß für die Vermögensbeschädigung sofort freiwillig Ersatz geleistet wurde[2]), oder daß sie selbst nach der Absicht des Betrügers eine nur vorübergehende sein sollte. Ebenso kann der Erwerb eines unsichern Forderungsrechtes bedingungsweise bereits eine Beschädigung in sich schließen. Wer sich durch Täuschung bestimmen läßt ein Darlehn zu geben, seinem Schuldner Ausstand zu bewilligen, befindet sich wider seinen Willen insofern in einer weniger günstigen Lage als bisher, als das Forderungsrecht ihm in allen Fällen eine geringere Sicherheit bietet als das Geld das er in der Hand oder vom Schuldner zu empfangen hatte, aber er ist nicht betrogen, weil nicht beschädigt, so lange unter den gegebenen Umständen das Forderungsrecht den gleichen Werth hat wie das von ihm Geleistete. Der Werth des Forderungsrechtes bestimmt sich aber freilich nicht allein nach dem Betrage der zu fordern, sondern wesentlich auch nach der Sicherheit, die dem Gläubiger geboten ist, und der Schätzungs-, der Tauschwerth des Forderungsrechtes kann daher ebenso den Betrag des zu Fordernden übersteigen, wie hinter demselben zurückbleiben. Wer daher in Folge einer Täuschung wider seinen Willen eine Forderung erwirbt, die vermöge ungenügender Sicherheit zwar nicht ihrem Betrage aber ihrem Tauschwerthe nach nicht das seiner Leistung entsprechende Aequivalent bildet, ist nicht bloß in seiner Vermögenslage gefährdet, sondern bereits beschädigt schon bevor feststeht, ob und welcher Verlust sich künftig aus der Unsicherheit

1) Klien im N. Arch. I S. 131. Luden Abhdlg. I S. 178. Escher a. a. O. S. 149. Temme Betrug S. 142. Goltd. Arch. V S. 426. 732. Merkel in Holtzdff. Hdbch. III S. 774. Oppenhoff § 263 Nr. 24. Rsprch. I S. 196. Dagegen Goltd. Mat. II S. 546. Arch. V S. 751. Köstlin Ztschrft. S. 331. Abhdlg. S. 158. Vgl. Hälschner Syst. II S. 357.

2) Nach den Strfgb. von Sachs., Brschwg., Thüring., Altbg., Würtbg., Hannov., Hess., Bad. bewirkte freiwilliger Ersatz Strafausschließung oder Strafmilderung.

Digitized by Google

der Forderung entwickeln wird, weil er jedenfalls schon jetzt in der Lage ist sich des Forderungsrechtes nicht ohne Verlust entledigen zu können[1]). Es ist daher zwar richtig, daß auch eine Gefährdung des Vermögens als zum Thatbestande des Betruges genügend betrachtet werden kann, aber durchaus unrichtig und der gesetzlichen Bestimmung widersprechend, wenn man auch eine Gefährdung im Unterschiede von der Werthverminderung des Vermögens, eine Gefährdung trotz mangelnder Werthverminderung als ausreichend betrachten will. Soll daher im concreten Falle Betrug mittelst Gefährdung festgestellt werden, so kann nicht irgend welche Möglichkeit einer Beschädigung als entscheidend betrachtet werden, sondern es wird darauf ankommen die Umstände festzustellen, die es rechtfertigen die Gefährdung als eine die Beschädigung in sich schließende zu betrachten, was sehr wohl auch dann thunlich sein wird, wenn sich der Minderwerth der Forderung und der Betrag des Schadens nicht ziffermäßig wie in den Fällen angeben läßt, in denen der Schätzungs-, der Kurswerth der Forderung sich im Verkehre festgestellt hat.

Kann hiernach die Frage, ob die Gefährdung als Beschädigung des Vermögens zu betrachten sei, niemals lediglich deshalb verneint werden, weil ein Forderungsrecht erworben wurde, das rücksichtlich des Fordernden das volle Acquivalent des Geleisteten bildet, hängt ihre Beantwortung vielmehr weiter davon ab, welchen, unvermeidlich durch die Sicherheit ihrer Realisation mitbedingten, Werth die Forderung hat, so folgt daraus insbesondere auch dies, daß nicht nur Gefährdung, sondern auch betrügerische Beschädigung des Vermögens vorliegt, wenn die Täuschung darauf gerichtet ist, dem Getäuschten für den Fall, daß er sich als getäuscht erkennt, die Möglichkeit zu entziehen sein Forderungsrecht geltend zu machen[2]),

---

1) Schütze S. 471.

2) Insoweit muß ich aus den angeführten Gründen der Auffassung Merkel's gegenüber meine frühere Ansicht modificiren. Daraus aber, daß es als betrügerische Vermögensbeschädigung zu betrachten ist, wenn dem Getäuschten für seine Leistung ein Forderungsrecht eingeräumt wird, das werthlos ist, weil der Schuldner z. B. durch Angabe eines falschen Namens und Domicils, seine Realisirung zu verhindern suchte, kann nicht mit Merkel gefolgert werden, daß die Existenz einer realisirbaren Forderung in allen Fällen den Begriff des Betruges ausschließe, daß die Täuschung sich in allen Fällen auf die für die Realisirbarkeit entscheidenden Verhältnisse beziehen müsse, daß, so lange es in der Macht des Getäuschten steht, unverletzt zu sein, d. h. so lange

Digitized by Google

denn die betrügerische Beschädigung, die durch Uebernahme einer werthlosen, weil unter den gegebenen Verhältnissen thatsächlich nicht verfolgbaren Verbindlichkeit verübt war, wird dadurch nicht aufgehoben, daß durch zufällige Gunst der Umstände späterhin die civilrechtliche Verfolgung des Schuldners möglich wird.

Handelt es sich bei der Vermögensbeschädigung als Moment im Thatbestande des Betruges nicht bloß um irgend welchen erlittenen Nachtheil, sondern um die Verletzung des Vermögensrechtes, so folgt, daß jede Beschädigung oder Entziehung von Vermögenswerthen, an denen dem Benachtheiligten kein Recht zusteht, vom Thatbestande des Betruges ausgeschlossen ist[1]). Das Gleiche gilt aber auch in dem Falle, daß der Getäuschte zu einer Leistung durch Vorspiegelung einer moralisch und rechtlich unmöglichen Gegenleistung bestimmt wurde, denn wenn er zwar wider seinen Willen einen Vermögensverlust erlitt, so kann doch der auf Erlangung einer rechtlich unmöglichen Gegenleistung gerichtete Wille als ein rechtlicher und widerrechtlich verletzbarer ebensowenig strafrechtlich wie civilrechtlich anerkannt werden[2]).

---

der Geltendmachung seines Rechts keine Hindernisse entgegenstehen, der Begriff des Betruges nicht erfüllt sei. Sofern der Getäuschte als Aequivalent seiner Leistung ein realisirbares Forderungsrecht besitzt, kann von einer Vermögensbeschädigung, und, trotz der stattgehabten Täuschung, von einem Betruge freilich nicht die Rede sein. Anders aber verhält es sich, wenn der Getäuschte für seine Leistung, gleichviel ob sie in der Hingabe eines Werthes oder in der Uebernahme einer Verbindlichkeit besteht, in Folge der Täuschung nicht das erwartete und zu fordernde Aequivalent erhielt. In solchem Falle handelt es sich darum, daß dem Getäuschten der Anspruch auf Schadensersatz zusteht, und der Umstand, daß er im concreten Falle in der Lage ist seinen Anspruch, sei es mittelst actio oder exceptio, in wirksamer Weise geltend zu machen, kann die Thatsache, daß er durch den Betrüger an seinem Vermögen beschädigt wurde, nicht aus der Welt schaffen. Es ist hier nicht weniger als im Falle des Diebstahls die Vermögensbeschädigung gegeben ehe von einem Anrufen der Civilhilfe die Rede sein kann, und wie, wenn der Betrogene Schadensersatz-Ansprüche geltend macht, davon die Rede sein könnte, daß die Civilhilfe der Beschädigung zuvorkomme, ist unverständlich. Gegen die Auffassung Merkel's Gryziecki a. a. O. S. 129 f. und Olshausen § 263 Nr. 22, aber beide mit unzutreffenden Gründen.

1) Escher S. 182. Temme Betrug S. 81. Köstlin Ztschrft. S. 313. Merkel Betrug S. 101. 302 f.

2) Escher S. 132. Merkel a. a. O. S. 222 f. Zimmermann im G.-Saal 1877 S. 132. Schwarze § 263 Nr. 10. Dagegen Temme a. a. O. S. 81. Köstlin Ztschrft. S. 313 f. Gryziecki S. 94 f.

Digitized by Google

Dadurch, daß Verletzung des Vermögensrechtes gefordert wird, ist nicht ausgeschlossen, daß bedingungsweise nicht nur das gegenwärtige, sondern auch das zukünftige Gegenstand des Betruges sei. Dies ist der Fall, nicht wenn es sich um bloße Hoffnungen und Aussichten handelt, wohl aber, wenn die Aussicht auf ein künftiges Recht die rechtliche Folge eines bereits erworbenen gegenwärtigen Rechtes ist und mit diesem in Folge der Täuschung veräußert wird, wenn der Erwerb des künftigen Rechtes nur noch vom Willen des Betrogenen abhing, wenn auf das künftige Recht für den Fall seines Erwerbes in Folge der Täuschung verzichtet wurde. Gegenstand betrüglicher Beschädigung kann Alles sein worüber durch ein Rechtsgeschäft wirksam verfügt werden kann[1]).

Ist, wie das Privatvermögen so auch das des Staates mögliches Object der betrügerischen Beschädigung, so sind gleichwohl ihrer Natur nach wie nach den Bestimmungen des Gesetzes[2]) vom strafbaren Betruge alle diejenigen Beeinträchtigungen des Staatsvermögens ausgeschlossen, welche dadurch begangen werden, daß der zu einer pecuniären Leistung gesetzlich Verpflichtete sich dieser entzieht. Es werden zunächst schon viele Fälle solcher Defraudationen darum nicht unter den Gesichtspunkt des Betruges fallen, weil sie verübt werden, ohne daß ein Anderer getäuscht und durch die Täuschung zu einem Thun oder Unterlassen bestimmt wird. Aber selbst dann, wenn die Defraudation mit Anwendung eines

---

1) Köstlin Abhdlg. S. 143. Merkel in Holtzdff. Hdbch. III S. 764. Schwarze § 263 Nr. 4. Oppenhoff § 263 Nr. 14. Schütze S. 471. Temme a. a. O. S. 366. Rsprch. III S. 773. Abweichend Gryziecki S. 32 f. Das lucrum cessans kann Gegenstand betrüglicher Beschädigung sein, sofern bereits ein Anrecht auf dasselbe vorhanden war, Köstlin Abhdlg. S. 143. Schütze a. a. O. v. Liszt S. 293, weiter gehend Entsch. I S. 68 und Rsprch. IV S. 214, wonach Entziehung einer bereits vorhandenen Kundschaft als Vermögensbeschädigung zu betrachten ist. Vgl. auch Olshausen § 263 Nr. 21 Ueber Unredlichkeiten bei dem s. g. Gründungsschwindel Möller Die Gründerprozesse 1876. G.-Saal 1877 S. 77. Merkel in Holtzdff. Hdbch. IV S. 486. Feige in Goltd. Arch. XXVI S. 303. Ueber betrügliche Beschädigung bei Eingehung aleatorischer Geschäfte Goltd. Arch. XIII S. 770. Berner S. 562. Oppenhoff a. a. O. Schwarze § 263 Nr. 8. Rsprch. II S. 37.

2) Vgl. Telegraphen-Gesetz v. 16. Mai 1869 § 2. Wechselstempel-Gesetz v. 10. Juni 1869 § 23. Vereinszoll-Gesetz v. 1. Juli 1869 § 34 f. Post-Gesetz v. 28. October 1871 § 27 f. Braustеuer-Gesetz v. 31. Juni 1872 § 27 f.



Digitized by Google

täuschenden Benehmens begangen wird, unterscheidet sie sich charakteristisch von dem Betruge als einem Commissivdelicte dadurch, daß sie an sich ein Omissivdelict ist[1]), soweit nicht etwa mit diesem Unterlassen eines vom Gesetze geforderten Thuns, weitere darüber hinausgehende Rechtswidrigkeiten, z. B. Fälschungen, in Verbindung treten. Wenn dieser wesentliche Unterschied der Defraudation und des Betruges sich von jeher instinctiv in den Anschauungen des Volkes wie in der Gesetzgebung geltend gemacht hat, so haben daneben doch auch Rücksichten auf das praktische Bedürfniß und die financiellen Interessen des Staates mitgewirkt, wenn die hierhergehörigen Specialgesetze die Defraudationen einer vielfach eigenthümlichen, von den allgemeinen strafrechtlichen Normen abweichenden Behandlung unterworfen haben.

§ 69. Die Handlung des Betrügers erfordert in objectiver Beziehung eine Entstellung der Wahrheit und zwar entweder durch Vorspiegelung falscher, oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen. Das Gesetz fordert also eine die Wahrheit entstellende, den Irrthum des Andern erregende oder unterhaltende Thätigkeit und schließt damit jedes rein passive Verhalten dem vorgefundenen Irrthume des Andern gegenüber vom Betruge aus[2]). Nicht dies ist das Wesentliche des Betruges, daß Jemand aus dem Irrthume und Nachtheile des Andern Nutzen zieht, sondern dies, daß er dem Erkenntnißvermögen und damit dem Willen des Andern Zwang anthut, den Willen des Andern, ihm unbewußt, sich dienstbar macht und ihn zu einer beschädigenden vermögensrechtlichen Verfügung bestimmt. Hiervon kann bei demjenigen nicht die Rede sein, welcher der Erkenntniß der Wahrheit und der Willensbestim-

---

1) Merkel Betrug S. 108 und in Holtzdff. Hdbch. III S. 762. Schütze S. 472. Oppenhoff § 263 Nr. 66. Vgl. Urtheil d. preuß. Ob.-Trib. — Rsprch. XVII S. 607. — das Betrug, nicht Defraude, annimmt, wenn es sich um Kränkung eines bereits erworbenen Vermögensrechtes handelt dagegen die Urtheile des R.-G. Rsprch. II S. 114. III S. 193, welche von rationeller Unterscheidung des Betruges und der Defraude absehen und nur das Verhältniß des Specialgesetzes zum Strafgesetzbuche als entscheidend betrachten, aber zu widersprechenden Resultaten gelangen. Vgl. Kindervater in Goltd. Arch. XXVI S. 309.

2) Köstlin Ztschrft. f. Civilr. und Proz. XIV S. 400 f. Abhdlg. S. 148. Ortloff a. a. O. S. 467. Merkel Betrug S. 121 f. 137 f. Berner S. 560. Schwarze § 263 Nr. 22. 23. H. Meyer S. 556 f. Gryziecki S. 47.

Digitized by Google

mung des Andern volle Freiheit läßt, sollte er auch in unredlicher Weise den Irrthum des Andern zu seinem Vortheile benutzen. Wer mit dem Irrenden ein diesen beschädigendes, ihm vortheilhaftes Rechtsgeschäft eingeht, wirkt allerdings mit zur Beschädigung des Andern, aber nicht mittelst Betruges, weil dieser erfordert, daß nicht nur die Beschädigung des Andern, sondern auch der Irrthum, aus welchem die beschädigende Verfügung hervorging, mit der Thätigkeit des Betrügers in ursächlichem Verhältnisse stehe.

Schließt das Gesetz jedes nur passive Verhalten dem vorgefundenen Irrthume eines Andern gegenüber vom Betruge aus, so doch nicht dies, daß die Täuschung durch ein Unterdrücken der Wahrheit, das eben deshalb von dem nur passiven Verhalten zu unterscheiden ist, begangen werden könne. Nicht nur der Irrthum der vom Betrüger hervorgerufen, sondern auch derjenige, der von ihm unterhalten, in welchem der Irrende durch Vorspiegelung falscher, Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen bestärkt, befestigt und somit verhindert wird die Wahrheit zu erkennen, steht mit dem täuschenden Benehmen des Betrügers in ursächlichem Zusammenhange[1]). Daß das Vorspiegeln falscher wie das Entstellen wahrer Thatsachen ein actives, täuschendes Benehmen erfordert, kann nicht zweifelhaft sein, aber dasselbe gilt auch von dem Unterdrücken der Wahrheit. Abgesehen davon, daß auch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche das Unterdrücken der Wahrheit eine positive, die Erkenntniß derselben verhindernde Thätigkeit erfordert, kann das bloße Verschweigen der Wahrheit als ein zum Thatbestande des Betruges ausreichendes Unterdrücken derselben darum nicht betrachtet werden, weil ein solches passives Verhalten niemals als Ursache des Irrthums erscheinen kann, und es durchaus fehlerhaft sein würde, das unterlassene Verhindern ohne weiteres als ein Verursachen des Irrthums anzusehen[2]). Auch irgend welche Pflicht die Wahrheit mitzutheilen vermag an sich niemals ein ursächliches Verhältniß zwischen dem Irrthume des Einen und dem pflichtwidrigen Schweigen des Andern herzustellen, und selbst der Umstand, daß eine Pflicht zur Mittheilung der Wahrheit besteht, deren Versäumniß civilrechtliche Folgen nach sich zieht, ist

1) Dagegen ohne Grund Temme Betrug S. 43.

2) Vgl. oben Bd. I S. 234 und die dort angeführte Literatur über die Frage, inwiefern ein Unterlassen als ein Handeln und Verursachen angesehen werden kann.

Digitized by Google

nicht geeignet ein solches Schweigen als ein actives den Irrthum erregendes oder unterhaltendes Benehmen, wie es zum Betruge erfordert wird, erscheinen zu lassen. Dagegen kommt es allerdings wesentlich darauf an den Fall des Verschweigens der Wahrheit als eines nur passiven Verhaltens zu unterscheiden von dem Schweigen, das nur Moment eines activen täuschenden Benehmens ist, da in solchem Falle die Wahrheit nicht nur verschwiegen, sondern entstellt und unterdrückt wird. Nur unter solcher Voraussetzung kann das Verschweigen der Wahrheit als ein Verursachen des Irrthums erscheinen, und nur in diesem Umstande, nicht in einer Pflicht die Wahrheit zu sagen, liegt der Grund, weshalb bedingungsweise auch ein Verschweigen als eine strafbare betrügerische Thätigkeit zu betrachten ist[1]). Insbesondere ist in dieser Beziehung der Fall zu berücksichtigen, daß der scheinbar passiv und schweigend sich verhaltende Betrüger irgend welche den Irrthum erregende Vorkehrungen getroffen hat, daß er durch Worte oder ein sonstiges actives Benehmen im Anderen die Erwartung einer Mittheilung von Thatsachen hervorruft, diese Erwartung aber durch Schweigen täuscht und damit den Anderen absichtlich in Irrthum versetzt, daß der

1) Die von jeher streitige Frage, ob ein Verschweigen der Wahrheit zur Begehung des Betruges geeignet sei, ist zwar schon früher verneint — Mittermaier z. F. § 412. Temme S. 43. Walther Funddiebstahl S. 83 — weit vorherrschend aber unbedingt oder bedingungsweise bejaht worden. Als die Bedingung, unter der das Verschweigen zum Betruge geeignet sein soll, wird regelmäßig das Dasein einer Rechtspflicht zur Mittheilung der Wahrheit angegeben, aber die zahlreichen Versuche festzustellen wo und inwieweit eine solche Pflicht besteht — vgl. Hälschner Syst. II S. 363 — sind bisher resultatlos gewesen. Da die meisten deutschen Strafgesetzbücher dieser herrschenden Auffassung gefolgt waren, so hat sie sich in der Praxis umsomehr befestigt und auch zum Theil noch bis heut erhalten. Vgl. Urtheile bei Pezold § 263 Nr. 74—76. Zimmerle § 263 Nr. 131. 132. Entsch. II S. 5. 430. Rsprch. I S. 35. II S. 690. III S. 476. Vgl. Haager im G.-Saal 1875 S. 588, auch v. Liszt S. 291. Rubo § 263 Nr. 9. Meves S. 239. Oppenhoff § 263 Nr. 52. Daneben herrscht in der Praxis vielfach Unklarheit, indem man principiell zugiebt, daß ein lediglich negatives Verhalten nicht genüge, dagegen behauptet, daß ein Unterdrücken wahrer Thatsachen auch in einem pflichtwidrigen Verschweigen gefunden werden könne, und dahin auch solche Fälle rechnet, in denen nicht sowohl die Pflichtwidrigkeit, als das mit dem Verschweigen in Verbindung stehende active Benehmen von entscheidender Bedeutung ist. Vgl. Oppenhoff § 263 Nr. 52. Rüdorff § 263 Nr. 6. Dagegen Merkel a. a. O. III S. 752. H. Meyer S. 557. Schwarze § 263 Nr. 25. Wächter Deutsch. Strfr. S. 453. Olshausen § 263 Nr. 18.

Digitized by Google

Eintritt in ein Rechtsgeschäft und die damit in Verbindung stehenden positiven Erklärungen implicite weitere Erklärungen und Behauptungen in sich enthalten die, der Wahrheit nicht entsprechend, bei einem Andern irrige Vorstellungen, deren Berichtigung absichtlich unterlassen wird, hervorrufen[1]). Sowie es hiernach für den Thatbestand des Betruges gleichgiltig ist, in welcher Weise die Täuschung verübt wurde, wofern nur der Irrthum des Andern zu ihr in ursächlichem Verhältnisse steht, ebenso ist es bedeutungslos, ob ein größeres oder geringeres Maß von Arglist aufgewandt wurde, ob der Getäuschte durch vorsichtiges Benehmen den Irrthum hätte vermeiden können, ob in ihm die irrige Vorstellung erweckt wurde, zu dem ihn beschädigenden Handeln verpflichtet zu sein.

§ 70. Das Gesetz fordert, daß eine Täuschung in Betreff von Thatsachen stattgefunden habe, und es fragt sich ob und in welcher Weise das Gesetz die zum Betruge erforderliche Beschaffenheit der Täuschung begrenzen wollte. Thatsache ist Alles was geschehen ist, darum als ein Gegebenes feststeht, weil das Geschehene niemals wieder ungeschehen gemacht werden kann[2]). Freilich wird man auch von zukünftigen Thatsachen reden können, aber sie sind nur als mögliche, oder als mit Nothwendigkeit eintretende gedacht, sind keine wirklichen, und in Betreff ihrer kann an sich von Täuschung nicht die Rede sein. Immerhin ist rücksichtlich künftiger Thatsachen eine zum Betruge geeignete Täuschung insofern möglich, als Jemand dem Anderen die Möglichkeit oder Nothwendigkeit eines künftigen Ereignisses vorspiegeln kann, denn in solchem Falle bezieht sich die Täuschung auf wirkliche Thatsachen, darauf, daß schon jetzt die Bedingungen des wahrscheinlich oder nothwendig eintreten-

---

1) Glaser Abhdlg. aus d. Strfr. S. 479. Merkel Betrug S. 152 f. und in Holtzdff. Hdbch. III S. 752 f. Gryziecki S. 57 f. Schwarze § 263 Nr. 25.

2) Ob die Thatsache leichter oder schwieriger zu erkennen, mit Sicherheit festzustellen ist oder nicht, ob ein Mögliches oder Unmögliches als Thatsache vorgespiegelt wurde, ob der Betrüger auf Grund eigner Wahrnehmung und Erfahrung oder auf Grund der Mittheilung Anderer oder als Ergebniß eigner Schlußfolgerung etwas als Thatsache behauptet, ist gleichgiltig. Ohne Zweifel ist auch das Dasein eines Rechtes, einer Rechtsregel, Gerichtspraxis Thatsache. Oppenhoff § 263 Nr. 39—45. Rüdorff § 263 Nr. 6. Olshausen § 263 Nr. 6. Pezold § 263 Nr. 48. Zimmerle § 263 Nr. 79. 80.

Digitized by Google

den künftigen Ereignisses gegeben seien, mag auch der Getäuschte nicht sowohl hierauf als darauf, daß er sich in seiner Erwartung getäuscht sieht, das Gewicht legen. Wer sich Geld als Lohn für Anwendung angeblich wunderthätiger Zauberkünste erschwindelt, ist des Betruges schuldig[1]). Die streitige Frage ob Täuschung über eine Absicht, insbesondere die Absicht künftig zu leisten, zum Betruge geeignet sei, kann daher nicht deshalb verneint werden, weil Thatsache nur etwas Gegenwärtiges oder Vergangenes, nicht aber Zukünftiges sei, weil unter Thatsache nur äußere der Gegenwart angehörige Verhältnisse zu verstehen seien. Die Willensbestimmung in Zukunft etwas zu thun ist ohne Zweifel eine Thatsache und das Gesetz gewährt keinen Anhalt dafür die Thatsache auf äußere Verhältnisse zu beschränken, und die Vorspiegelung der angeblich bestehenden Absicht künftig zu leisten, ist Täuschung über eine gegebene Thatsache[2]), nicht über etwas Künftiges, mag auch der Getäuschte aus dieser Thatsache die Hoffnung schöpfen, daß ihm künftig werde geleistet werden, und der Täuschende zu solchem Zwecke die Täuschung verüben.

Gleichwohl kann daraus, daß auch das Dasein einer Absicht eine Thatsache ist, nicht gefolgert werden, daß die Vorspiegelung dieser Thatsache zum Betruge geeignet sei, und zwar darum nicht, weil die civilrechtliche Wirksamkeit des Geschäftes und der übernommenen Verbindlichkeit von der bona und mala fides des sich Verpflichtenden unabhängig ist, deshalb die Täuschung über die Absicht zu leisten an sich keine Vermögensbeschädigung bewirkt.

Der Getäuschte wird beschädigt nicht durch die Täuschung, sondern durch das ihr nachfolgende Nichtleisten, eine Beschädigung, für deren rechtliche Bedeutung es ganz indifferent ist, ob der Entschluß nicht zu leisten bereits bei Eingehung der Verpflichtung ge-

---

1) Goltd. Arch. XIII S. 224. XXVII S. 373. Gryziecki S. 89. Unrichtige Auffassung bei Haager G.-Saal 1875 S. 568, der hierin Täuschung über ein Künftiges, nicht über eine gegebene Thatsache erblickt, ebenso Zimmermann G.-Saal 1877 S. 131, denn so gewiß das Unmögliche nicht Thatsache sein kann, so gewiß kann es als solche vorgespiegelt und geglaubt werden.

2) v. Liszt S. 290. Oppenhoff § 263 Nr. 39. 46. Olshausen § 263 Nr. 9. Haager und Zimmermann a. a. O. Pezold § 263 Nr. 49. Zimmerle § 263 Nr. 81. Dagegen Gryziecki S. 43. Immerhin wird kaum zu bezweifeln sein, daß das Gesetz das Wort Thatsache in engerem Sinne gebrauchen und Absichten, Ansichten, Meinungen ausschließen wollte.

Digitized by Google

faßt war oder erst später gefaßt wurde. Eben deshalb erscheint auch das von Anfang an beabsichtigte Nichtleisten als ein nur civiles Unrecht, nicht als Betrug[1]), und dürfte die Vorspiegelung der Absicht zu leisten als betrügerische Beschädigung betrachtet werden, so müßte sie auch trotz späterer Leistung als Betrug gestraft werden, weil der verübte Betrug durch spätere Schadloshaltung nicht getilgt werden kann. Anders verhält es sich, wenn mit der Vorspiegelung der Absicht zu leisten weitere Täuschungen in Verbindung treten, darauf berechnet den Andern über Sicherheit und Werth der versprochenen Leistung in Irrthum zu versetzen, ihm die Geltendmachung seines Forderungsrechtes zu vereiteln.

Auch das wird sich nicht leugnen lassen, daß die Vorspiegelung angeblicher Ansichten und Meinungen eine Täuschung über Thatsachen ist, welche einen Einfluß auf die Entschließungen des Andern auszuüben vermag und für ihn beschädigende Folgen nach sich ziehen kann. Gleichwohl wird auch eine derartige Täuschung an sich zum Thatbestande des Betruges nicht genügend erscheinen[2]), denn wer sich darauf beschränkt seine Ansichten und Meinungen über bestehende Verhältnisse, über Aussichten, Erwartungen die dem Andern für seine Entschließungen von Interesse sind, mitzutheilen, wird dies, wenn er sie fälschlich vorspiegelt, zwar in der Hoffnung thun einen bestimmenden Einfluß auf den Andern auszuüben, nimmt aber für

---

1) Die Praxis des preuß. O.-Trib., Oppenhoff § 263 Nr. 46, wie die sächsische, Schwarze § 263 Nr. 12, die bayerische, Pezold § 263 Nr. 64. 65. Zimmerle § 263 Nr. 81, hatte sich dafür entschieden, daß Vorspiegelung der Absicht, des animus se obligandi zum Betruge an sich nicht genüge, wenn man sich auch mit Unrecht darauf berief, daß das Dasein der Absicht keine Thatsache sei. Bei der entgegengesetzten, in der Praxis und Doctrin vertretenen Ansicht — vgl. Oppenhoff, Pezold, Zimmerle a. a. O. Olshausen § 263 Nr. 9. Rüdorff § 263 Nr. 6. Haager, Zimmermann im G.-Saal a. a. O. — ist besonders die irrige Vorstellung maßgebend, daß es sich um Täuschung über Abschluß eines Vertrages, über die für das Geschäft erforderliche Willensbestimmung handle, vgl. die von Haager angeführten Urtheile. Dieser Ansicht hat sich auch das R.-Gericht angeschlossen. Entsch. I S. 305. Rsprch. II S. 629. 690. III S. 294. Dagegen Merkel Betrug S. 237 f. u. in Holtzdff. Hdbch. III S. 767. IV S. 435. H. Meyer S. 556. Schwarze § 263 Nr. 13. — Rüdorff § 263 Nr. 6 betrachtet Uebernahme einer Verbindlichkeit mit dem Willen sie nicht zu erfüllen, als ungeeignet zum Betruge, im Widerspruche hiermit aber Vorspiegelung der Absicht zu leisten als geeignet.

2) H. Meyer S. 556. Schwarze § 263 Nr. 14.

Digitized by Google

seine Aussage nur den Werth einer subjectiven Meinung, nicht den einer objectiv feststehenden Thatsache in Anspruch, überläßt es darum dem Urtheile des Andern, welchen Werth er der Ansicht beilegen wolle, und lehnt damit implicite jede rechtliche Verantwortlichkeit für die seiner geäußerten Ansicht entsprechende Entschließung des Andern und die daraus sich ergebenden Folgen ab. Anders wird es sich aber auch in diesem Falle verhalten, wenn mit der Meinungsäußerung die Vorspiegelung weiterer, angeblich objectiv feststehender Thatsachen in Verbindung tritt, wenn die vorgespiegelte Ansicht sich als eine Schlußfolgerung aus angeführten, angeblichen Thatsachen darstellt[1]).

Die zum Betruge erforderliche, auf Thatsachen sich beziehende Täuschung setzt voraus, daß es sich um bestimmte, concrete Thatsachen handle, denn die Thatsache ist ihrer Natur nach ein Concretes und nicht ein der näheren Bestimmung erst bedürfendes Allgemeines[2]). Die im Verkehrsleben gebräuchlichen, oft genug der Wahrheit wenig entsprechenden allgemein gehaltenen Redensarten, Zusicherungen und Anpreisungen der Güte, Preiswürdigkeit einer Waare u. s. w. sind an sich nicht als strafbare betrügerische Täuschungen aufzufassen. Von Betrug kann nicht die Rede sein, wenn es sich um eine übertriebene, marktschreierische Lobpreisung und Empfehlung einer Waare handelt, wie sich deren die moderne Reclame bedient, weil und wofern es dabei zunächst nur darauf ankommt die Aufmerksamkeit, Neugier, Kauflust des Publikums zu erregen, eine Täuschung aber sich nicht feststellen läßt, weil die gerühmten Eigenschaften der Waare nicht nach einem festen Maßstabe bestimmbar sind, ihre Anerkennung oder Leugnung vielmehr von individuell verschiedner Ansicht, Meinung, Geschmacksrichtung abhängig ist. Es werden aber auch die im Handelsverkehre herkömmlichen auf Täuschung angelegten Anpreisungen und sonstigen Redensarten in der Regel darum nicht als Betrug zu strafen sein, weil ihr Unwerth genügend bekannt ist, und man sich durch dieselben nicht täuschen läßt. Daraus folgt aber nicht, daß ein gewisses, im Geschäftsverkehr herkömmliches und unentbehrliches Maß von Täuschung und Uebervortheilung als erlaubt, und nur ein

---

1) Nicht selten nimmt die Praxis Täuschung über Absichten an, wo nicht sowohl diese als die concurrirende über andere Thatsachen von entscheidender Bedeutung ist.

2) Oppenhoff § 263 Nr. 47. Schwarze § 263 Nr. 15. 18.

Digitized by Google

über die Grenze hinausgehendes Maß von Täuschung und Arglist als Betrug zu strafen sei, auch nicht dies, daß wer sich durch eine maßvolle, erlaubte Täuschung täuschen läßt, um seiner Leichtgläubigkeit und Unvorsichtigkeit willen den Schaden zu tragen habe. Wer allgemein gehaltenen Anpreisungen und Versicherungen, bei denen freilich nicht jedes Wort juristisch abgewogen und als rechtlich bindend gemeint ist, darum auch in der Regel von der andern Seite nicht in solchem Sinne aufgefaßt wird, Glauben schenkt und es unterläßt dafür zu sorgen, daß ihr Inhalt in bestimmter, faßbarer Formulirung bei Abschluß des Geschäftes als bindende Verpflichtung festgestellt werde, hat keinen Anspruch auf Rechtshilfe, weil der civilrechtlich geltend zu machende Anspruch fehlt. Der strafbare Betrug hat in allen Fällen den civilrechtlich zu verfolgenden Anspruch zur Voraussetzung, während nicht umgekehrt jeder civilrechtlich verantwortlich machende dolus, mag man ihn auch im gewöhnlichen Leben und im weiteren Sinne des Wortes als Betrug bezeichnen, strafbar ist. Dagegen ist jede civilrechtlich zu verfolgende Vermögensbeschädigung als Betrug zu strafen, wenn sie dem gesetzlichen Thatbestande desselben entspricht[1]), und es giebt

---

1) Die auch in manche der früheren deutschen Strfgb. übergegangene Auffassung des Betruges als eines formalen Verbrechens und einer subsidiären strafrechtlichen Kategorie, die bei jeder in der Form des betrügerischen Benehmens verübten Rechtsverletzung anwendbar sein sollte, wofern sich nicht den Thatbestand eines besondern gesetzlich ausgezeichneten Betrugsfalles oder andern benannten Verbrechens ergiebt, sowie die Rolle, welche dabei das angebliche Recht auf Wahrheit spielte, hatte eine sehr vage Fassung des allgemeinen Thatbestandes des Betruges zur unvermeidlichen Folge. Insbesondere bereitete in Betreff der betrüglichen Vermögensbeschädigung die für gewisse Verhältnisse vom Gesetze anerkannte Pflicht die Wahrheit zu sagen, große Schwierigkeiten für die Abgrenzung des nur civilrechtlich zu verfolgenden dolus und des strafbaren Betruges. Die Gesetzgebung hat sich bemüht die Zweifel durch besondere auf den Betrug in Vertragsverhältnissen sich beziehende Bestimmungen zu lösen, die darauf hinausliefen, daß Täuschungen, die dem gesetzlichen Thatbestande des Betruges entsprechen, gleichwohl nur in gewissen Fällen als Betrug gestraft, in andern nur civilrechtlich verfolgt werden sollten. In Betreff des in der Doctrin bis in die neuere Zeit dauernden Streites über den Unterschied des nur civilrechtlich zu verfolgenden und des strafbaren Betruges sind die lehrreichen Untersuchungen von Köstlin Ztschrft. f. Civilr. u. Proz. XIV S. 360 f. und Merkel Betrug S. 289 f. zu vergleichen. Ich hatte Syst. II S. 364 f. dem gegenüber auszuführen versucht, daß zwar gewiß der nur civilrechtlich zu verfolgende dolus und der strafbare Betrug zu unter-

Digitized by Google

im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches, abweichend von früheren, keinen Fall des Betruges, der in Rücksicht auf die besondere Art und das Maß der Täuschung nur civilrechtlich, nicht strafrechtlich zu verfolgen wäre.

---

scheiden sei, gewiß der strafbare Betrug sich oft genug der Bestrafung entziehen werde, daß aber nach der Auffassung, die der Betrug im preuß. Strfgb. gefunden habe, vom Unterschiede eines strafbaren und eines nicht strafbaren Betruges nicht die Rede sein könne, jede dem gesetzlichen Thatbestande des Betrugs entsprechende Täuschung unbedingt zu strafen sei. Das Gleiche gilt vom Betruge im Sinne des deutschen Strfgb., und straflos kann darum irgend welche Täuschung nur bleiben, weil und wofern irgend ein Moment zum Thatbestande des Betruges mangelt. Ein Mißverständniß ist es, wenn Merkel in Holtzdff. Hdbch. III S. 760 annimmt, daß ich jedes Maß beschädigender Täuschung als unbedingt strafbar betrachte, während die Bedingung, daß die Täuschung dem gesetzlichen Thatbestande des Betruges entspreche doch deutlich ausgesprochen war. Eine licentia decipiendi in dem Sinne, daß, wie z. B. nach dem würtembg. Strfgb. der Betrug nur bei einem höheren Maße der Arglist strafbar, sonst straflos sein soll, leugne ich allerdings, habe aber nie daran gezweifelt, daß von strafbarem Betruge nicht die Rede sein kann, wo kein civilrechtlicher Anspruch begründet ist, weil der Getäuschte es unterließ sich einen solchen zu sichern. Dieses Unterlassen bildet den Grund der Straflosigkeit, nicht der Umstand, daß die den Verkehr beherrschenden Anschauungen die Täuschung zu einer erlaubten gemacht haben. Die Bedeutung einer auf Vereitelung der civilen Rechtshilfe gerichteten Täuschung für den Thatbestand des Betruges habe ich schon oben S. 255 anerkannt, kann aber gleichwohl die nur subsidiäre Bedeutung des strafrechtlichen Schutzes und den Ausschluß der strafrechtlichen Verfolgung wo die civilrechtliche zum Resultate führt, nicht anerkennen. Dem deutschen Strfgb. ist der Satz des braunschwg. Strfgb., daß der Betrug straflos bleibt, wenn sofort Schadensersatz geleistet wird, jedenfalls unbekannt. Der Schuldner, der dem Gläubiger vorspiegelt bereits gezahlt zu haben und sich damit die Rückgabe des Schuldscheines erschwindelt, ist wegen Betrugs zu strafen und die Bestrafung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Gläubiger mittelst Civilklage Entschädigung erlangte. Die Existenz eines realisirbaren Forderungsrechtes schließt den Betrug aus, weil und sofern die Vermögensbeschädigung mangelt; das Dasein einer Vermögensbeschädigung und, wenn sie durch Täuschung verursacht wurde, der Thatbestand des Betruges ist aber dadurch nicht ausgeschlossen, daß mittelst Civilklage Schadensersatz zu erlangen ist. Daß man mit dieser Auffassung, wie Merkel in Holtzdff. Hdbch. III S. 79 sagt, in einen Zirkel gerathe, würde nur richtig sein, wenn es richtig wäre, daß der realisirbare Schadensersatz-Anspruch die Vermögensbeschädigung ausschließe. Gegen die naturalis licentia decipiendi und Merkel vgl. H. Meyer S. 558. Zimmermann im G.-Saal 1877 S. 120 f.

Digitized by Google

§ 71. Der Thatbestand des Betruges erfordert ferner, daß der durch Täuschung erregte oder unterhaltene Irrthum den Irrenden zu einem Thun oder Lassen bestimmte, wie dies auch ohne ausdrückliche Erwähnung vom Gesetze ohne Zweifel vorausgesetzt wird. Wie der Irrthum mit der Täuschung ebenso muß auch die Handlung des Irrenden mit seinem Irrthum in ursächlichem Zusammenhange stehen, wogegen es nicht erforderlich ist, daß die Täuschung an sich selbst eine rechtswidrige, durch besondre Arglist oder sonstwie qualificirte sei[1]). Ausgeschlossen vom Betruge ist hiernach das wahrheitswidrige Benehmen das nur in einem Geltenlassen der irrigen Annahme des Andern besteht, ohne in ein Unterdrücken der Wahrheit überzugehen. Die Frage ob lediglich ein Geltenlassen des Irrthums oder ein Unterdrücken der Wahrheit vorliege, kann im concreten Falle darum Schwierigkeiten bereiten, weil ein scheinbar passives Verhalten unter den gegebenen Umständen ein Behaupten unwahrer Thatsachen und Bestätigen der irrigen Ansicht des Andern in sich schließen kann, während andrerseits ein wahrheitswidriges actives Verhalten dem Irrthume des Andern gegenüber, z. B. das Annehmen einer Nichtschuld, nicht in allen Fällen zum Betruge geeignet ist. Entscheidend ist in solchen Fällen die Beantwortung der Frage ob das wahrheitswidrige Benehmen in ursächlichem Zusammenhange mit der beschädigenden Handlung des Irrenden stehe oder nicht[2]). Wie das bloße Geltenlassen, so ist ferner auch das Verursachen eines Irrthums vom Betruge ausgeschlossen, wofern derselbe, als indifferent für das Wollen und Handeln des Anderen, einen bestimmenden Einfluß auf dasselbe nicht ausübte. Insbesondere ist also vom Betruge ausgeschlossen das wahrheitswidrige Behaupten und Ableugnen von Thatsachen im Civilprozesse, insoweit es weder Bestimmungsgrund für das richterliche Urtheil ist, noch den Anspruch macht das Verhalten des Gegners zu bestimmen[3]). Selbst dann, wenn

---

1) Köstlin Abhdlg. S. 149. Ortloff a. a. O. S. 469. Merkel Betrug S. 174 f. in Holtzdff. Hdbch. III S. 755 f. Gryziecki S. 75 f. Oppenhoff § 263 Nr. 33—38. Rüdorff § 263 Nr. 8. Schwarze § 263 Nr. 27 a. Olshausen § 263 Nr. 25. Gryziecki S. 77.

2) Vgl. Merkel Betrug S. 155 f. 176 f. über die Frage inwieweit der Eintritt in ein bestimmtes Geschäft an und für sich positive Behauptungen in sich schließe.

3) Köstlin Abhdlg. S. 149. Schwarze im G.-Saal 1866 S. 105. Goltd. Mat. II S. 549. Merkel Betrug S. 186.

Digitized by Google

sich hierdurch der Prozeßgegner zu einem ihn beschädigenden Thun, z. B. zum Fallenlassen der Klage bestimmen läßt, wird ein strafbarer Betrug nicht anzunehmen sein, weil hier das wahrheitswidrige Behaupten und Leugnen lediglich den Zweck hat den Gegner zur ordnungsmäßigen Durchführung seines Rechtes zu provociren, und darum das beschädigende Handeln als freiwilliger Verzicht auf das eigne Recht zu beurtheilen ist[1]). Anders verhält es sich aber, wenn der Prozeßgegner dadurch beschädigt wurde, daß der Richter durch Täuschung, insbesondere durch Beweismittel, in Irrthum versetzt wurde[2]).

§ 72. Der Thatbestand des Betruges erfordert in objectiver Beziehung endlich, daß die durch den Irrthum veranlaßte Handlung des Getäuschten in einer Verfügung bestand, mittelst deren ein Vermögenswerth auf den Betrüger übertragen wurde. Mit diesem Momente des Thatbestandes ist zugleich die Norm für die Unterscheidung des Betruges von allen anderen gegen das Vermögen gerichteten Delicte gegeben. Vom Betruge sind hiernach ausgeschlossen zunächst alle diejenigen, mittelst eines betrüglichen und den Getäuschten zu einem Handeln veranlassenden Benehmens verübten Delicte, bei denen das Object der Rechtsverletzung überhaupt nicht das Vermögen ist, sollte diese anderweitige Rechtsverletzung auch mittelbar eine Vermögensbeschädigung zur Folge haben[3]). Es sind ferner ausgeschlossen auch die gegen das Vermögen gerichteten Delicte, bei denen etwa ein betrügliches Benehmen als Mittel der Verübung gedient hat, während der dieses Delict charakterisirende und vollendende Act nicht in der durch Irrthum veranlaßten Handlung des Getäuschten, sondern erst in einer nachfolgenden Handlung des Täuschenden liegt. Der Diebstahl verwandelt sich dadurch nicht in Betrug, daß er durch ein betrügliches Benehmen, mittelst dessen sich z. B. der Dieb den Zutritt zu der gestohlnen Sache ermöglichte, vorbereitet wurde. Die Unterschlagung

---

1) Merkel Abhdlg. S. 73. Dagegen Oppenhoff § 263 Nr. 62. Gryziecki S. 78. Zimmerle § 263 Nr. 115.

2) Oppenhoff § 263 Nr. 61. Schwarze im G.-Saal 1866 S. 127 f. Rüdorff § 263 Nr. 7. Rsprch. I S. 387. 479. 808. II S. 421. Zimmerle § 263 Nr. 114. 116. 117.

3) Es ist also nicht als Betrüger der zu strafen, welcher sich für den Verurtheilten ausgiebt und statt dessen die Freiheitsstrafe abbüßt. Merkel in Holtzdff. Hdbch. III S. 772. H. Meyer S. 565. Entsch. V S. 277. Dagegen Goltd. Arch. II S. 694. Oppenhoff § 263 Nr. 60.

Digitized by Google

ist damit noch nicht verübt, daß Jemand, in der Absicht eine Sache zu unterschlagen, sich den Besitz derselben übertragen läßt, vielmehr muß die zur Unterschlagung erforderliche Aneignungshandlung erst nachfolgen, und es kann deshalb die verübte Unterschlagung sich nicht dadurch in Betrug verwandeln, daß sie durch ein betrügliches Benehmen vorbereitet wurde. Nicht einmal eine s. g. ideale Concurrenz von Betrug und Unterschlagung kann in solchem Falle angenommen werden, da bei einer betrüglichen Erlangung der Detention einer Sache die zum Betruge erforderliche Vermögensbeschädigung noch mangelt, und erst mit der nachfolgenden Unterschlagung eintritt. Ebensowenig kann es als Betrug betrachtet werden, wenn das trügerische Benehmen der Verübung des Diebstahls, der Unterschlagung nachfolgt um die begangene That zu verbergen. Von der Erpressung, falls diese mittelst einer trügerischen Vorspiegelung verübt wurde, unterscheidet sich der Betrug dadurch, daß hier der Bestimmungsgrund für das Handeln des Beschädigten nicht in dem, die Vermögensbeschädigung verhüllenden Irrthume, sondern in der durch Drohung erregten Furcht liegt, für deren Bedeutung es indifferent ist ob sie durch eine wirklich drohende oder nur vorgespiegelte Gefahr hervorgerufen wurde[1]).

Daß der Getäuschte und der Beschädigte dieselbe Person sei, ist nicht erforderlich, sondern nur dies, daß, wenn der Getäuschte nicht selbst der Beschädigte ist, er sich thatsächlich in der Lage befinden mußte, ohne selbst eine strafbare Handlung zu verüben, über das Vermögen des Beschädigten zu Gunsten des Betrügers zu verfügen, da im andern Falle dem Erfordernisse, daß der dem Beschädigten entzogene Werth in das Vermögen des Betrügers übergehe, nicht genügt werden könnte[2]). Jedenfalls erscheint durch

---

1) Ueber den Unterschied des Betruges und anderer gegen das Vermögen gerichteter Delicte vgl. Escher S. 257. Köstlin Abhdlg. S. 154 f. 335. Merkel Betrug S. 196 f. Gryziecki S. 110 f. 163 f. Katz im G.-Saal 1879 S. 426. Schwarze § 263 Nr. 33. Die frühere Praxis war in Betreff der Grenze zwischen Betrug und Unterschlagung, selbst zwischen Betrug und Diebstahl eine vielfach schwankende, und noch jetzt wird das Collectiren für einen vorgespiegelten Zweck als Betrug betrachtet. Oppenhoff § 263 Nr. 36, vgl. auch H. Meyer S. 559.

2) Die von Temme Betrug S. 89. Köstlin Abhdlg. S. 154. Ortloff a. a. O. II S. 471. Krug II S. 196. Schütze S. 472 vertheidigte, übrigens nicht überall folgerecht festgehaltene, Forderung der Identität des Getäuschten und Betrogenen ist jetzt allseitig aufgegeben. Gryziecki S. 106.

Digitized by Google

die Fassung des Gesetzes die Forderung der Identität des Getäuschten und des Beschädigten in keiner Weise begründet[1]).

§ 73. In subjectiver Beziehung erfordert der Betrug 1) eine vorsätzliche die Wahrheit entstellende Thätigkeit, wie dies im Gesetze durch die Worte „Vorspiegelung", „Entstellung", „Unterdrückung" genügend ausgesprochen ist. Ausgeschlossen ist daher jede unbewußte, unvorsätzliche Unwahrheit, durch welche ein Anderer in Irrthum versetzt und zu einem sein Vermögen beschädigenden Handeln bestimmt wird, sollte auch eine, civilrechtliche Verantwortlichkeit begründende, Fahrlässigkeit vorliegen. Jene vorsätzliche täuschende Thätigkeit muß sodann 2) bestimmt erscheinen durch die Absicht des Thäters mittelst der aus dem Irrthume entspringenden Handlung des Getäuschten sich einen, dem Vermögen eines Andern widerrechtlich entzogenen Vermögenswerth zuzuwenden.

Die Absicht des Betrügers geht also zunächst darauf, durch die vorsätzliche Wahrheitsentstellung einen Andern in Irrthum zu versetzen und ihn durch denselben zu einem Handeln zu bestimmen, ferner aber auch auf die mittelst der Handlung des Getäuschten herbeizuführende Vermögensbeschädigung. Fordert das Gesetz eine Vermögensbeschädigung ohne ausdrücklich hervorzuheben, daß sie beabsichtigt gewesen sein müsse, so wird gleichwohl nicht bezweifelt werden können, daß dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei[2]). Wird zum Betruge nicht eine beabsichtigte Vermögensbeschädigung,

---

H. Meyer S. 510. Oppenhoff § 263 Nr. 60. Schwarze § 263 Nr. 27. Rüdorff § 263 Nr. 7. Dagegen fordert Merkel Betrug S. 203 und in Holtzdff. Hdbch. III S. 764, vgl. auch Olshausen § 263 Nr. 16, daß, wenn der Beschädigte und Getäuschte verschiedene Personen sind, der Letztere zum Vermögen des Ersteren in dem Verhältnisse stehe, daß er über dasselbe in der betreffenden Beziehung wirksam verfügen könne. Er nimmt daher Unterschlagung an, wenn Jemand die fremde, nicht in seinem Gewahrsam befindliche Sache verkauft und den Käufer veranlaßt sie wegzunehmen — Goltd. Arch. VI S. 567 — wobei nicht einzusehen ist, wie Jemand die Sache die er nicht besitzt unterschlagen könnte.

1) Dem § 241 des preuß. Strfgb. hatte man seine Fassung gerade darum gegeben, weil man das Erforderniß der Identität ausschließen wollte. Goltd. Mat. II S. 548.

2) Merkel Betrug S. 122 f. insbesondere auch über die Auffassung des preuß. Strfgbs. und in Holtzdff. Hdbch. III S. 761. Gryziecki S. 121. Binding Normen II S. 562. Bei der Redaction des preuß. Strfgb. und den langen Verhandlungen über den dolus ist stets der animus nocendi als erforderlich betrachtet worden. Goltd. Mat. I S. 539 f.

Digitized by Google

sondern nur dies erfordert, daß sich die Beschädigung als eine natürliche Folge der Wahrheitsentstellung ergeben habe[1]), so bleiben in Betreff der Absicht des Thäters nur zwei Möglichkeiten offen. Der Thäter beabsichtigte überhaupt keine Rechtsverletzung und die Vermögensbeschädigung war die nicht beabsichtigte Folge seines Thuns. In solchem Falle bleibt von dem Betruge nur die unmoralische Handlung des Lügens übrig, welche, wenn sie nicht als Mittel einer beabsichtigten Rechtsverletzung verübt wurde, unmöglich strafbar sein kann, ebensowenig wie die nicht beabsichtigte, zufällige oder höchstens fahrlässige, Vermögensbeschädigung. Oder der Thäter beabsichtigte eine anderweitige strafbare Rechtsverletzung, welche die Vermögensbeschädigung zur nicht beabsichtigten Folge hatte. In diesem Falle kann das anderweitige, mittelst Täuschung verübte dolose Delict unmöglich dadurch in Betrug verwandelt werden, daß es eine nicht beabsichtigte Vermögensbeschädigung zur Folge hatte. Ebensowenig kann die in der Praxis herrschende Auffassung genügen, daß der Thäter sich der Vermögensbeschädigung, wenn er sie nicht beabsichtigte, doch als des Erfolges seines täuschenden Benehmens bewußt gewesen sein müsse. Ist damit dies gemeint, daß er sich dieses Erfolges als eines zwar nicht beabsichtigten, aber möglichen bewußt gewesen sein müsse[2]), so ist die eingetretene Vermögensbeschädigung eine nur fahrlässige, und es würde, gegenüber der Sorgsamkeit, mit der man den strafbaren Betrug von dem nur civilrechtlich zu verfolgenden dolus zu scheiden suchte[3]), gegenüber der Straflosigkeit der fahrlässigen Sachbeschädigung,

---

1) Rsprch. des preuß. O.-Trib. XII S. 26. XVIII S. 11. 474. Goltd. Arch. XXV S. 552.

2) So Berner S. 563. Schwarze § 263 Nr. 28. Wächter Deutsch. Strfr. S. 458. Olshausen § 263 Nr 43. Puchelt § 263 Nr. 7. Rsprch. I S. 499. IV S. 547. Zimmerle § 263 Nr. 158. Wenn man sagt der Betrüger beabsichtige „direct", „in erster Linie" seinen Vortheil, nicht die Beschädigung, aber in dem Bewußtsein ihrer Möglichkeit liege ihre Billigung, so liegt darin der Rückfall in den dolus indirectus. Nicht um ein directes und indirectes Beabsichtigen, um ein Beabsichtigen in erster und zweiter Linie handelt es sich, sondern darum, daß sich das Interesse des Betrügers in erster Linie an den Vortheil knüpft, während ihm die Beschädigung als Mittel zum Zwecke in zweiter Linie steht, aber er beabsichtigt gleichsehr den seinem Interesse dienenden Erfolg wie das Mittel für denselben, nicht das Eine mehr, das Andere weniger.

3) Vgl. Goltd. Mat. II S. 536 f.

Digitized by Google

durchaus unerklärlich sein, wenn das Gesetz zum Betruge die fahrlässige Vermögensbeschädigung als ausreichend erachten sollte. Ist die Meinung aber die, daß der Thäter sich der Vermögensbeschädigung als der unvermeidlichen Folge seines täuschenden Benehmens bewußt gewesen sein müsse[1]), so handelt es sich um eine Verwechselung der formalen Absicht und des Zweckes. Der Zweck des Betrügers wird regelmäßig der sein, sich den Vortheil zu sichern der ihm aus dem rechtswidrig erlangten Vermögenswerthe erwächst. Er beabsichtigt als Erfolg seines täuschenden Benehmens die Erlangung des seinem Zwecke dienenden Vermögenswerthes, aber nicht weniger auch die Vermögensbeschädigung des Andern, denn wer sich zu einer Handlung entschließt, kann die als unvermeidlich erkannten Folgen derselben, gleichviel ob sie seinem Zwecke unmittelbar oder nur mittelbar oder überhaupt nicht dienen, unmöglich von seiner Absicht ausschließen[2]).

Die Absicht des Betrügers ist endlich nothwendig auch auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvortheils und insbesondere darauf gerichtet den, dem Beschädigten rechtswidrig entzogenen Vermögenswerth sich zuzuwenden. Wie die Vermögensbeschädigung eine Werthverminderung des Vermögens fordert, so der Vermögensvortheil eine Wertherhöhung, gleichviel ob sie durch Erlangung eines materiellen Werthobjectes oder Erwerb eines Forderungsrechtes, durch Befreiung von einer Verbindlichkeit oder Beseitigung der Beweismittel für dieselbe, durch Abwendung eines Prozesses, durch Aufhebung eines erlittenen Schadens, durch gesteigerte Sicherheit, Erwerb einer Bürgschaft, eines Pfandrechtes u. s. w. erfolge[3]). In allen Fällen handelt es sich also um einen pecuniären Vortheil, mag es auch im concreten Falle vorkommen, daß dieser Vortheil ebensowenig wie die Vermögensbeschädigung sich ziffermäßig ausdrücken läßt. Das Ergebniß, falls der Betrüger den beabsichtigten Vortheil wirklich erlangt hat, muß hiernach in der Erhöhung des Werthes seines Vermögens bestehen[4]), wobei es selbstverständlich

---

1) Oppenhoff § 263 Nr. 11. Rüdorff § 263 Nr. 5. Goltd. Arch. XXII S. 622. XXV S. 522.

2) Vgl. oben Bd. I S. 292.

3) Oppenhoff § 263 Nr. 2—5a. Schwarze § 263 Nr. 9. Rüdorff § 263 Nr. 3. Olshausen § 263 Nr. 45.

4) Wie die Praxis zur Vermögensbeschädigung eine Werthverminderung des Vermögens nicht für erforderlich erachtet, so neigt sie sich auch dahin zum Vermögensvortheil eine Werthsteigerung des Vermögens nicht für erforderlich,

Digitized by Google

nicht in Betracht kommt, daß er in der Gefahr ist durch Civilklage den erlangten Vortheil wieder zu verlieren. Wie aber die Frage ob eine Werthverminderung des Vermögens stattgefunden habe nur zu beantworten ist, indem der Tauschwerth zum Maßstabe genommen wird, so auch die Frage ob eine Wertherhöhung des Vermögens eingetreten ist, oder bei erreichter Absicht eingetreten sein würde. Wer zur Befriedigung eines rein individuellen Interesses ein Werthobject erlangt, für das er das seinem Tauschwerthe völlig entsprechende Aequivalent, oder sogar mehr als dies hingiebt, mag mit Recht meinen einen Vortheil erlangt zu haben, aber es ist dies nicht ein Vermögensvortheil wie ihn der Thatbestand des Betruges fordert, so wenig wie eine ihm entsprechende Vermögensbeschädigung vorliegt, wenn Jemand, ohne eine Minderung des Tauschwerthes seines Vermögens erlitten zu haben, sich zu einer seinem Interesse und Willen widersprechenden Veräußerung eines Vermögensobjectes bestimmen ließ.

Der beabsichtigte Vermögensvortheil muß ein rechtswidriger sein, und dies ist er gewiß nur unter der Voraussetzung, daß der Thäter kein Recht auf den betreffenden Vermögenswerth hatte. Ein Vortheil aber, den Jemand erlangt *ohne* ein Recht auf ihn zu haben, ist nicht schon darum ein *rechtswidriger*, kann sehr wohl ein erlaubter, darum nicht rechtswidriger sein. Ebensowenig ist der Vortheil an sich ein rechtswidriger darum, weil er mittelst Täuschung erlangt wurde, denn wer in solcher Weise Zahlung für eine unsichere Forderung erlangt, verschafft sich einen nicht rechtswidrigen Vortheil. Rechtswidrig ist der Vermögensvortheil vielmehr nur dadurch, daß der Betrüger einen Vermögenswerth, ohne ein Recht auf ihn zu haben, dem Vermögen eines Andern entzog und sich zuwendete[1]). Also nicht dies genügt zum Betruge, daß

---

sondern schon dies als genügend zu betrachten, daß der Thäter, ohne eine positive Bereicherung zu erlangen, das Interesse hatte vorhandene Vermögensstücke durch andere zu ersetzen. Goltd. Arch. XXV S. 550. Zimmerle § 263 Nr. 11. 12. Rsprch. I S. 49. Dagegen Merkel in Holtzdff. Hdbch. III S. 772 u. 730. Berner S. 563. Binding Normen II S. 560.

1) Merkel Betrug S. 115 f. in Holtzdff. Hdbch. III S. 773. IV S. 434. H. Meyer S. 561. Schütze S. 471. Binding Normen II S. 560. Olshausen § 263 Nr. 46. Berner S. 563. Waag im G.-Saal 1879. S. 241. Die Praxis bezeichnet dagegen den Vortheil regelmäßig als rechtswidrig dann, wenn der Thäter ihn zu beanspruchen kein Recht hatte. Oppenhoff § 263 Nr. 6. 12. Schwarze § 263 Nr. 10. Rüdorff § 263 Nr. 3.



Digitized by Google

der Betrüger einen Vermögensvortheil erlangte, während ein Anderer Schaden erlitt, vielmehr kommt es wesentlich darauf an, daß der Vortheil auf der einen, dem Nachtheile auf der andern Seite entspricht, indem der dem Vermögen des Beschädigten entzogene Werth in das Vermögen des Betrügers übergeht. Wo diese Einheit und Zusammengehörigkeit des Vortheils des Betrügers und des Nachtheils des Beschädigten mangelt, wird überhaupt keine rechtswidrige, strafbare Handlung vorliegen, oder, wenn dies der Fall ist, wird die That als ein anderweitiges, vom Betruge verschiedenes Delict erscheinen.

Während das preußische Strafgesetzbuch zum Betruge eine „in gewinnsüchtiger Absicht" verübte Vermögensbeschädigung forderte, hat das deutsche Strafgesetzbuch, ohne sachliche Aenderung dieses Thatbestandsmomentes, die Absicht sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, gefordert. Obwohl das Wort „gewinnsüchtig" auf das Motiv des Thäters hinweist, wollte doch auch das preußische Strafgesetzbuch damit keineswegs das Motiv, sondern nur die Absicht des Thäters sich mittelst der Beschädigung eines Andern zu bereichern bezeichnen, und eben dies ist im deutschen Strafgesetzbuche in verbesserter Fassung zum Ausdrucke gebracht. Dieser auf Bereicherung gerichteten Absicht steht es also nicht entgegen, daß der Betrüger, ohne sich von dem Motive der Habsucht, Gewinnsucht bestimmen zu lassen, im Interesse einer andern Person und um dieser den Vortheil zuzuwenden die That verübte. Abweichend von der früheren Gesetzgebung[1]) hat also das deutsche wie preußische Straf-

---

Pezold § 263 Nr. 35. Zimmerle § 263 Nr. 2—5. Rsprch. I S. 49. Daß aber nicht Alles, worauf oder wozu man kein Recht hat, darum schon rechtswidrig ist, liegt freilich so nahe, daß man deshalb, jenen Satz ergänzend, hinzufügt es brauche der Vortheil kein „objectiv, absolut rechtswidriger" zu sein, es genüge ein Vortheil der, ohne an sich rechtswidrig zu sein, diese Eigenschaft dadurch erlangt, daß er durch unerlaubte Mittel erzielt wurde. Oppenhoff a. a. O. Rsprch. I S. 261. III S. 386. Schon nach der Fassung des Gesetzes wird die Rechtswidrigkeit des Vortheils nur dahin gedeutet werden können, daß er rechtswidrig sei in seinem Verhältnisse zum Rechte des Beschädigten.

1) Die früheren deutschen Strfgb. haben meist den s. g. gewinnsüchtigen und den nicht gewinnsüchtigen Betrug nicht unterschieden, was für den letzteren zu durchaus ungeeigneter Bestrafung führte. Die Strfgb. von Baden, Würtemberg, Thüringen fassen zwar beide Arten als Betrug zusammen, unter-

Digitized by Google

gesetzbuch vom Betruge jedes täuschende Benehmen, das, ohne die Absicht einen Vortheil zu erlangen, lediglich darauf gerichtet ist das Vermögen eines Anderen rechtswidrig zu beschädigen, ausgeschlossen, indem es der herrschenden sittlichen Würdigung des Betruges durchaus entsprechend, die eigenthümliche strafrechtliche Bedeutung desselben als durch die auf Bereicherung gehende Absicht bedingt erachtet.

§ 74. Der Betrug ist vollendet mit der wirklich erfolgten Vermögensbeschädigung[1]), und unter welchen Bedingungen diese als vollbracht erscheint ist bereits oben erörtert worden. Dadurch, daß der Beschädigte durch civilrechtliche Hilfsmittel den eingetretenen Schaden wieder von sich abwenden, Schadensersatz erlangen kann, wird der Thatbestand des vollendeten Betruges niemals ausgeschlossen. Ist es zum Betruge erforderlich, daß die Vermögensbeschädigung durch eine Disposition des Getäuschten über einen Vermögenswerth erfolge und bildet der Vermögensvortheil des Betrügers das Correlat der Beschädigung, so wird mit der vollendeten Beschädigung der Betrüger regelmäßig auch den beabsichtigten Vortheil erlangt haben, obwohl das Gesetz dies nicht als zur Vollendung des Betruges erforderlich erachtet. So lange die Vermögensbeschädigung noch nicht eingetreten ist, kann das täuschende Benehmen nur als ein Versuch des Betruges erscheinen, wofern die zum Wesen des strafbaren Versuches erforderlichen Momente

---

scheiden sie aber in der Strafe, wogegen das preuß., sächs., neue bayer., lüb. Strfgb. den Betrug auf den s. g. gewinnsüchtigen beschränken. Die Doctrin war schwankend und sprach sich vielfach gegen diese beschränkte Auffassung des Betruges darum aus, weil man annahm, daß es bei dem s. g. gewinnsüchtigen Betrug auf das Motiv der Gewinnsucht ankomme. So auch neuerdings Gryziecki S. 139 f. Vgl. dagegen Merkel Betrug S. 90 f.

1) Merkel in Holtzdff. Hdbch. III S. 774. H. Meyer S. 565. Oppenhoff § 263 Nr. 10. 24. 29. Rüdorff § 263 Nr. 11. Schwarze § 263 Nr. 30. Die noch von Tittmann, Wächter, Henke vertretene Ansicht, daß der Betrug mit der täuschenden Handlung vollendet sei, kommt heut nicht mehr in Betracht. Dagegen ist man bei der Redaction des preuß. Strfgb. allerdings von der Ansicht ausgegangen, daß das Vermögen erst beschädigt sei, wenn etwas Materielles weggegeben, eine sachenrechtliche Leistung erfolgt sei, nicht aber durch Uebernahme einer Verbindlichkeit — Goltd. Mat. II S. 547 — eine Auffassung die in der Praxis nachgewirkt und in der Doctrin ihre Vertretung gefunden hat. Goltd. Arch. V S. 752. XIII S. 771. Köstlin Abhdlg. S. 157. Gryziecki S. 154 f. F. Meyer § 263 Nr. 6.

Digitized by Google

gegeben sind. Jedenfalls wird ein die beabsichtigte Täuschung erst vorbereitendes Verfahren nicht als Versuch betrachtet werden können, aber auch das täuschende Benehmen selbst nicht, wofern sich in ihm nicht auch die Absicht kund giebt, um einen Vortheil zu erlangen, den Getäuschten zu einer beschädigenden Verfügung zu bestimmen[1]).

### 3. Bestrafung des Betruges.

§ 75. Der Betrug, sowie der Versuch des Betruges wird mit Gefängniß bestraft, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark und auch auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann[2]). Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann der Richter sich auf die Verhängung einer Geldstrafe beschränken[3]).

Der gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher verübte Betrug kann nur auf Antrag verfolgt werden. Angehörige sind die in § 52 näher bezeichneten Personen. Indem mit ihnen Vormünder und Erzieher zusammengestellt werden, ergiebt sich, daß es das eigenthümliche, dem der Familienglieder analoge sittliche Verhältniß ist, in welchem der Thäter zu Vormund und Erzieher steht, dessen Berücksichtigung und Schonung Anlaß dazu war, den Betrug insoweit als Antragsdelict zu behandeln. Als Vormund wird daher hier nur Derjenige zu betrachten sein, dem die Sorge für das leibliche und geistige Wohl und die Erziehung des Curanden übertragen ist, nicht aber Vormünder über großjährige Personen, denen nur Aufsichts- oder Verwaltungsrechte über das Vermögen

---

1) Merkel in Holtzdff. Hdbch. III S. 776. Oppenhoff § 263 Nr. 26. 32. 77. Rüdorff § 263 Nr. 11. Olshausen § 263 Nr. 52. Auch hier kehrt die Streitfrage wieder, ob zum Versuche Tauglichkeit der zur Täuschung angewandten Mittel erforderlich sei. Zimmerle § 263 Nr. 177. 178. Annalen d. R.-G. III S. 241. VI S. 426. Olshausen § 263 Nr. 52.

2) Strfgb. § 263.

3) Indem Schütze S. 470. 474 davon ausgeht, daß strafbarer Betrug und civiles Unrecht sich nicht in abstracto unterscheiden lasse, und auch durch den gesetzlich festgestellten Thatbestand des Betruges nicht unterschieden sei, kommt er zu der wunderlichen Behauptung, daß der Richter zwar ermächtigt sei eine diesem Thatbestande entsprechende Handlung zu strafen, aber nicht verpflichtet, und daß er deshalb bei Unerheblichkeit der Täuschung oder Beschädigung den Betrug straflos lassen dürfe.

Digitized by Google

zustehen. Ebenso sind als Erzieher nur Personen zu betrachten, denen die ganze Leitung der Erziehung anvertraut ist, nicht Lehrer[1]). Der Betrug wird verübt gegen den Beschädigten, nicht gegen den Getäuschten, wenn dieser eine andere Person als der Beschädigte ist.

Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

Durch erhöhte Strafe ist gesetzlich ausgezeichnet der Betrug in wiederholtem Rückfalle[2]). Die Bedingungen dieser Strafe sind Verurtheilung wegen Betruges, nachdem der Verurtheilte bereits früherhin im Inlande zweimal wegen Betruges verurtheilt war, und die ihm zuerkannte Strafe beidemale ganz oder wenigstens theilweise verbüßt hatte. Ausgeschlossen bleibt jedoch die Rückfallsstrafe, falls seit dem letzten Tage der Verbüßung der letzten Strafe bis zur Begehung des jetzt zu strafenden Betruges zehn Jahre verflossen waren.

Die Bestrafung im Inlande erfordert, daß sie von einer Behörde des Inlandes verfügt worden sei[3]), gleichviel ob dies eine richterliche oder eine andere die Strafgerichtsbarkeit ausübende Behörde war[4]). Wegen Betruges bestraft ist ebensowohl derjenige, welcher wegen vollendeten wie wegen versuchten Betruges, welcher als Thäter oder als Theilnehmer am Betruge bestraft wurde[5]). Nur ein zwischen der zweiten Bestrafung und der Begehung des jetzt zu strafenden Betruges liegender Zeitraum von zehn Jahren schließt die Rückfallsstrafe aus, während der zwischen der ersten und zweiten Vorbestrafung liegende Zeitraum nicht in Betracht kommt[6]).

1) Oppenhoff § 247 Nr. 4. 5. Meves § 247 Nr. 3. Schwarze § 247 Nr. 7. 8. Goltd. Arch. XIX S. 815. Dagegen Merkel in Holtzdff. Hdbch. III S. 709.

2) Strfgb. § 264 und 245.

3) Merkel a. a. O. S. 688. Oppenhoff § 244 Nr. 1. Rüdorff § 244 Nr. 2. Olshausen § 244 Nr. 7. Dagegen Stemann im G.-Saal 1871 S. 413.

4) Oppenhoff § 244 Nr. 3. Rüdorff § 244 Nr. 5. Merkel a. a. O. Rsprch. II S. 718. Dagegen Schwarze § 244 Nr. 6. Stemann a. a. O. S. 411.

5) Merkel a. a. O. S. 687. Oppenhoff § 244 Nr. 11. Rüdorff § 244 Nr. 6. Olshausen § 244 Nr. 13. Rsprch. I S. 715. II S. 243. 275. Dagegen Stemann a. a. O. S. 412.

6) Oppenhoff § 245 Nr. 6. Schwarze § 245 Nr. 1. Olshausen § 245 Nr. 3. Rsprch. 1 S. 425. 833. Dagegen unter Bezugnahme auf § 219 des preuß. Strfgb. F. Meyer § 245 Nr. 2. Ortloff im G.-Saal 1873 S. 59.

Digitized by Google

Die Strafe des Betruges im Rückfalle ist Zuchthaus bis zu zehn Jahren, womit eine Geldstrafe bis zu sechstausend Mark verbunden werden muß. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein, neben welcher zugleich auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

§ 76. Als ein eigenthümliches Delict, das nicht füglich als qualificirter Betrugsfall bezeichnet werden kann, erscheint das Verbrechen desjenigen, der in betrügerischer Absicht eine gegen Feuersgefahr versicherte Sache in Brand setzt, oder ein Schiff, welches als solches oder in seiner Ladung oder in seinem Frachtlohn versichert ist, sinken oder stranden macht[1]).

Der Thatbestand des Verbrechens erfordert, daß der Thäter in betrügerischer Absicht, mit dem zum Thatbestande des Betruges erforderlichen Dolus, handle. Diese Absicht ist hier darauf gerichtet, die Versicherungssumme für sich oder einen Anderen zu gewinnen und zwar rechtswidrig, d. h. mittelst Beschädigung des durch Täuschung in den Irrthum versetzten Versicherers, daß die Bedingungen gegeben seien unter denen er zur Zahlung der Versicherungssumme verpflichtet ist[2]). Dagegen ist nicht erforderlich, daß der Versicherer durch Täuschung beschädigt und damit der Betrug vollendet, oder daß er auch nur versucht sei. Von strafbarem Versuche des Betruges kann nur die Rede sein, wenn die Absicht zu täuschen sich in der Wahrheitsentstellung bethätigt hat, nicht schon dann, wenn in betrügerischer Absicht die im Gesetz bezeichneten Handlungen, mit denen das Verbrechen vollendet ist, verübt wurden. Zur Vollendung ist also nicht erforderlich, daß der Thäter die beabsichtigte und vorbereitete Wahrheitsentstellung mittelst Forderung der Versicherungssumme unternommen habe.

---

1) Strfgb. § 265.

2) Motive z. II Entwf. zu § 260. Merkel a. a. O. S. 780. H. Meyer S. 565. Ohne Zweifel wird die Absicht des Thäters die Versicherungssumme für sich oder einen Andern rechtswidrig zu gewinnen erfordert, so daß § 265 nicht Anwendung finden würde, wenn die Absicht eine andere und darauf gerichtet wäre irgend einen andern rechtswidrigen Vortheil zu erlangen. Olshausen § 265 Nr. 2. Aber dadurch, daß hier die betrügerische Absicht in der näher bezeichneten Form erscheinen muß, wird sie nicht zu einer von der in § 263 geforderten, verschiedenen, und es ist nicht richtig, daß es hier der Feststellung des zum Betruge erforderlichen Dolus nicht bedürfe. So Oppenhoff § 265 Nr. 2. Schwarze § 265 Nr. 1.

Digitized by Google

Als Handlung wird erfordert, daß die versicherte Sache in Brand gesetzt, das an sich oder in seiner Ladung oder seinem Frachtlohn versicherte Schiff sinken oder stranden gemacht wurde. Die Anwendbarkeit des § 265 setzt aber voraus, daß diese Handlung unter Umständen verübt wurde, vermöge deren ihre Beurtheilung als gemeingefährlichen Verbrechens ausgeschlossen ist. Es wird also vorausgesetzt, daß die in Brand gesetzte Sache nicht eine der in § 306 bezeichneten sei, und, falls sie eine der in § 308 bezeichneten ist, daß sie Eigenthum des Thäters oder mit Einwilligung des Eigenthümers in Brand gesetzt und zugleich nach ihrer Beschaffenheit nnd Lage nicht geeignet sei, das Feuer den in § 306 und § 308 bezeichneten Sachen, soweit letztere fremdes Eigenthum sind, mitzutheilen[1]). In Betreff des Schiffes wird vorausgesetzt, daß sein Stranden oder Sinken nicht das Leben eines Menschen gefährdete. Unter diesen Voraussetzungen kommt § 265 zur Anwendung, gleichviel ob die betrügerische Absicht nur zu einer den Betrug vorbereitenden Handlung, zu Versuch oder Vollendung des Betruges führte. Sowohl eine in betrügerischer Absicht erfolgte, das Verbrechen vorbereitende Ueberversicherung, wie eine in solcher Absicht gestellte übermäßige Entschädigungsforderung würden im gegebenen Falle immer nur als Momente in dem concreten Thatbestande des nach § 265 zu strafenden Verbrechens, nicht neben diesem als selbständige mit ihm concurrirende Delicte in Betracht kommen können[2]). Wenn dagegen der Thatbestand der in den

---

1) John L. vom fortgesetz. Verbr. S. 81 f. Hälschner Syst. II S. 385. Dagegen betrachtet Merkel a. a. O. § 265 auch dann für anwendbar, wenn die Merkmale der in § 308 behandelten Brandstiftung vorliegen, weil die hohe Strafsatzung sich nur aus der Berücksichtigung der Gemeingefährlichkeit erkläre. Dagegen ist einzuwenden, daß § 265 keine Andeutung hiervon enthält, und daß es wohl allenfalls zulässig wäre auch eine gemeingefährliche Brandstiftung nach § 265 zu strafen, wenn dieser, wie im ersten Entwurfe, in dem von den gemeingefährlichen Verbrechen handelnden Abschnitte stände, nicht aber nachdem er dort ausgeschieden wurde. Unter der Voraussetzung, daß bei § 265 jede gemeingefährliche Brandstiftung ausgeschlossen ist, erscheint freilich die Strafsatzung durchaus unangemessen, und findet ihre Erklärung wohl darin, daß man die Strafe des ersten Entwurfs stehen ließ, ohne sich zu vergegenwärtigen, welche Bedeutung für den Thatbestand die im zweiten Entwurfe veränderte Stellung der Strafbestimmung hat.

2) Oppenhoff § 265 Nr. 7. Rüdorff § 265 Nr. 4. H. Meyer S. 566 nehmen hier reale oder ideale Concurrenz an. Dagegen Goltd. Arch. V S. 408. John a. a. O. S. 97. Schwarze § 265 Nr. 5. Merkel

Digitized by Google

§§ 306—308 und 323 bezeichneten Verbrechen vorliegt, so kommen nur diese Strafbestimmungen zur Anwendung und der Umstand, daß sie in betrügerischer Absicht verübt, daß der Versicherer beschädigt worden ist, würde zwar in Betreff der Strafzumessung in Betracht kommen können, wogegen kein Fall der Concurrenz vorliegt[1]).

Die Strafe ist Zuchthaus bis zu zehn Jahren in Verbindung mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu sechstausend Mark. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein, neben welcher auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

---

a. a. O. S. 781. Die Strafbestimmung in § 28 des preuß. Ges. v. 8. Mai 1837 für die in böslicher Absicht gestellte zu hohe Entschädigungsforderung war mit Unrecht als neben dem preuß. Strfgb. fortgeltend behandelt worden, und ist jedenfalls durch das deutsche Strfgb. außer Kraft gesetzt. Rsprch. II S. 605.

1) John in Goltd. Arch. III S. 58 und a. a. O. S. 80 f. 96. Merkel a. a. O. v. Buri Einheit und Mehrheit d. Verbr. S. 45. Binding Grundriß S. 145. Dagegen Oppenhoff, Rüdorff, H. Meyer, Schwarze.

Digitized by Google

## Siebentes Kapitel.

# Der Diebstahl.

### Literatur.

Klien Die Lehre vom Diebstahl 1806. — Dollmann Die Entwendung 1834. — Temme Lehre vom Diebstahl. — Egidy Das Verbrechen des Diebstahls 1859. — Dickel Der Thatbestand des Diebstahls nach deutschem Rechte 1877. — Bachem Das röm. furtum u. d. deutsche Diebstahl 1880. — R. Temme Ueber den Betrag des Diebstahls 1867. — Ullmann Der dolus bei dem Diebstahl 1870. — Cropp in d. crim. Beiträgen v. Hudtwalker u. Trummer II, 1 u. 10. — Birnbaum im N. Arch. 1834 S. 1 f. — Wächter in Weiske R.-Lex. Art. Diebstahl. — Köstlin Abhandlungen S. 238 f. — Roßhirt im G.-Saal 1875 S. 124. — Haager ebenda 1877 S. 362. 1878 S. 481. — Voitus ebenda 1878 S. 317. — Loyke in Goltd. Arch. XVI S. 740. — Goltdammer ebenda XVII S. 548. XVIII S. 406. — John in Zeitschrift f. d. gesammte Strafrechtswissenschaft I S. 245. — Ruhstrat ebenda I S. 383.

### 1. Thatbestand des Diebstahls.

§ 77. Einen Diebstahl begeht nach der Definition des deutschen Strafgesetzbuches, die wörtlich der des preußischen entnommen ist, wer eine fremde bewegliche Sache einem Andern in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen.

Der Thatbestand des Diebstahls erfordert also I. in Betreff des Objectes, eine im Gewahrsam eines Anderen befindliche, bewegliche fremde Sache. Die Sache muß 1) eine fremde sein, d. h. eine solche, welche Eigenthum eines Andern ist. Ist sie eine solche, so ist es für den Thatbestand des Diebstahls gleichgiltig, ob die Sache im Tauschverkehre einen nach Geld abschätzbaren Werth hat oder nicht, denn für das Recht, das hier Object des Angriffes ist, erscheint es bedeutungslos ob der Eigenthümer es als solches lediglich in Rücksicht auf ein individuelles Interesse oder in Rück-

Digitized by Google

sicht auf den Tauschwerth der Sache behauptet[1]). Fordert man daß die Sache einen Vermögenswerth haben müsse, so ist dies zwar an sich richtig, bedarf aber der besondern Erwähnung darum nicht, weil die Sache einen solchen Werth, abgesehen von jedem Tauschwerthe, schon darum hat, weil sie Eigenthumsobject ist und der Eigenthümer sie als die seine haben will[2]). Als wirklich werthlos könnte nur die Sache bezeichnet werden, der Niemand irgend einen Werth beilegt und die darum Niemand als Eigenthum haben oder sich aneignen will. Betrachtet man aber als werthlos auch diejenige Sache, welche einen nur minimalen Tauschwerth hat, so ist es richtig, daß regelmäßig das Wegnehmen einer solchen nicht als Diebstahl zu strafen sein wird, und zwar darum nicht, weil das Wegnehmen in der Voraussetzung erfolgen wird, daß es nicht invito domino geschehe.

Anders verhält es sich bei dem dolosen Wegnehmen einer relativ werthlosen Sache, insbesondere in dem viel bestrittenen Falle des Wegnehmens einer als Beweismittel von Rechten dienenden Urkunde. Der Umstand, daß sie ihrem Stoffwerthe nach als ein Stück Papier, Pergament, für den Wegnehmenden fast werthlos ist, und daß für ihn das Interesse der Wegnahme regelmäßig nur dies sein wird, die Urkunde zur Verübung eines anderweitigen Delicts zu mißbrauchen, schließt den Thatbestand des Diebstahls nicht aus und kann nicht bewirken, daß nur das nachfolgende, mittelst der gestohlenen Urkunde verübte Delict, sei es versucht oder

---

1) Die Forderung, daß die Sache einen abschätzbaren Werth haben müsse — Hefftter § 489. Krug II S. 167. Temme Lehrb. § 218 — hatte wenigstens einigen Schein für sich da, wo das Gesetz die Strafe des Diebstahls nach dem Werthe abstuft. Dagegen Klien a. a. O. S. 318. Ofenbrüggen Abhdlg. I S. 68. Egidy a. a. O. S. 43. Merkel a. a. O. S. 634. H. Meyer S. 517. Schwarze § 242 Nr. 6. Dickel a. a. O. S. 27. Bachem a. a. O. S. 37. Olshausen § 242 Nr. 12. Ruhstrat a. a. O. S. 399. Binding Normen II S. 540. Neuerdings hat John a. a. S. 266 den Satz aufgestellt, daß Bestrafung wegen Diebstahls unzulässig sei, wo der Civilrichter die Klage abweisen muß, weil der Schaden nicht nach Geld abzuschätzen ist. Aber der Civilrichter wird in solchem Falle doch sicher nicht die Klage abweisen, sondern den Beklagten zur Herausgabe der Sache verurtheilen.

2) Dagegen Schwarze a. a. O. Das Note 2 angeführte Beispiel erledigt sich wohl damit, daß, wer eine Sache wegnimmt die weniger als einen Pfennig werth ist, gewiß voraussetzt, daß er nicht invito domino handele.

Digitized by Google

vollendet, zu strafen wäre[1]). Ebenso wird das Wegnehmen von Sachen die zwar, wie z. B. Briefe, für jeden Andern annähernd werthlos sind, aber für den Eigenthümer einen Affectionswerth haben, unbedenklich als Diebstahl zu betrachten sein, möchte auch in solchem Falle um des Motives willen die That sittlich anders zu würdigen sein, als dies bei dem Diebstahle in der Regel geschehen wird[2]).

An der eignen Sache ist niemals ein Diebstahl möglich, sollte auch durch ihre Wegnahme irgend eine anderweitige Rechtsverletzung begangen werden, wohl aber ist die Sache, an welcher dem Diebe ein Miteigenthum zusteht, möglicher Gegenstand des Diebstahls[3]).

Der Diebstahl erfordert 2) eine körperliche, bewegliche Sache, womit nicht ausgeschlossen ist, daß auch die ihrer natürlichen Beschaffenheit nach bewegliche Sache, die als Pertinenz zu einer unbeweglichen Sache gehört, sowie der Theil einer unbeweglichen Sache, welcher zum Zwecke des Stehlens abgelöst und beweglich gemacht worden ist, gestohlen werde[4]). Es ist also hier, da es nur auf die Möglichkeit des Fortbringens der Sache ankommt, die civilrechtliche Unterscheidung der beweglichen und unbeweglichen Sache nicht maßgebend.

3) Nur an der im Gewahrsam eines Andern befindlichen Sache kann ein Diebstahl begangen werden[5]), denn wenn zwar das Gesetz nicht von Gewahrsam spricht[6]), sondern fordert, daß die

---

1) Den Diebstahl leugnen Feuerbach § 319, Morstadt z. F. § 319, Temme Lehrb. § 218, R. Temme Betrag des Diebstahls S. 87. Weil am häufigsten die Entwendung stattfinden wird um Betrug zu verüben, nehmen Feuerbach, Morstadt, Temme nur Betrug an, R. Temme dagegen Versuch oder Vollendung von Betrug, Erpressung, Injurie u. s. w. Weiß Comment. III S. 47 Versuch des Diebstahls der Summe auf welche die Urkunde lautet, eventuell concurrirend mit Betrug. Dagegen Roßhirt Syst. II S. 320. Heffter § 489. Klien S. 318. Egidy S. 43. Schwarze § 242 Nr. 7. Goltd. Arch. XI S. 28. Merkel a. a. O. III S. 668, der aber nur den mittelst der Urkunde verübten Betrug, nicht den concurrirenden Diebstahl gestraft wissen will. Daß das Wegnehmen von Inhaber-Papieren als Diebstahl zu beurtheilen sei, ist unbestritten.

2) Merkel a. a. O. S. 634.

3) Klien S. 274. Goltd. Mat. II S. 458. Oppenhoff § 242 Nr. 6. Olshausen § 242 Nr. 11. Merkel S. 636. Rsprch. III S. 222.

4) Oppenhoff § 242 Nr. 13. 14. Merkel S. 633.

5) Ueber abweichende Bestimmungen anderer deutsch. Strfgb. Hälschner Syst. II S. 434.

6) Das preuß. Strfgb. hatte das Wort „Gewahrsam" nicht gebraucht

Digitized by Google

Sache „einem Andern“ weggenommen sei, so ist damit ausgesprochen, daß sie dem Inhaber genommen sei. Das Innehaben, der Gewahrsam ist aber kein Rechtsbegriff, sondern ein factisches Verhältniß, das an sich ohne jede rechtliche Bedeutung nur mittelbar für andere, rechtliche Verhältnisse ein Interesse gewinnt. Der Gewahrsam setzt voraus, daß man thatsächlich zu der Sache in ein Verhältniß getreten sei, vermöge dessen man in der Lage ist über sie zu verfügen, ist aber mit dieser äußeren Beziehung der Person zur Sache noch nicht erworben, sondern erfordert weiter auch eine innere Beziehung, ein Verhältniß des Willens zur Sache, den Willen Herrschaft über die Sache zu üben, gleichviel aus welchem Grunde und zu welchem Zwecke[1]). Der Gewahrsam wird also nur erworben durch eine Handlung, vermöge deren die Person zur Sache in das Verhältniß tritt sie beherrschen zu können und ihren Willen kund giebt sie beherrschen zu wollen. Der Gewahrsam hört demgemäß auf mit dem Aufhören des Willens die Sache inne zu haben, das sich als ein Aufgeben der Sache oder als Uebertragung des Gewahrsams auf eine andere Person äußern wird. Im letzteren Falle kann darum der Gewahrsam aufhören, obwohl in der Möglichkeit des Verfügens über die Sache nichts geändert ist. Der Gewahrsam hört ohne den Willen des Inhabers auf, wenn die factische Voraussetzung für die Herrschaft des Willens über die Sache wegfällt, sei es, daß die Verfügung über die Sache unmöglich wurde, weil sie unterging, oder weil die Person nicht

---

um Irrthümer zu vermeiden die sich aus der unklaren Besitzlehre des A. L.-R. ergeben könnten, und es hätte nichts entgegengestanden im deutschen Strfgb. den Ausdruck „aus dem Gewahrsam eines Andern“ zu gebrauchen, denn in Betreff dieses Erfordernisses ist ebensowenig wie in Betreff der „beweglichen Sache“ auf die civilrechtlichen Bestimmungen zurückzugreifen. Hälschner Syst. II S. 429 f. Merkel S. 638.

1) Der Umstand, daß der Erwerb des juristischen Besitzes eine eigenthümlich gestaltete Willensbestimmung erfordert, hat die Civilisten vielfach verleitet die detentio, den Gewahrsam lediglich als ein räumlich bestimmtes Verhältniß der Person zur Sache zu betrachten und jedes Willensverhältniß zu leugnen. Dem folgt man auch jetzt noch vielfach auf dem Gebiete des Strafrechts, so Schütze S. 427. Temme Glossen S. 269. Berner S. 533. Oppenhoff § 242 Nr. 16. 17. 18. Pezold § 242 Nr. 14. Rubo § 242 Nr. 8. F. Meyer § 242 Nr. 8. Rsprch. III S. 794. Meiner früher entwickelten Auffassung, Syst. II S. 429 f., haben sich angeschlossen Merkel S. 638 f. Schwarze § 242 Nr. 9. Rüdorff § 242 Nr. 6. Olshausen § 242 Nr. 16.

Digitized by Google

mehr an den Ort der Sache zu gelangen vermag, sei es, daß zwischen den bisherigen Inhaber und die Sache der Wille eines andern Inhabers trat, der nur auf dem Wege der Selbsthilfe oder des rechtlichen Verfahrens beseitigt werden könnte. Nur unter der Voraussetzung, daß der Gewahrsam vor allem ein Verhältniß des Willens zur Sache ist, erklärt es sich auch, daß die Fortdauer des Gewahrsams unabhängig ist von der ununterbrochenen Fortdauer des factischen Verhältnisses in das der Inhaber im Augenblicke der Ergreifung zur Sache getreten war, daß der Gewahrsam mit dem Willen ihn zu haben fortdauert, gleichviel ob sich der Wille als ruhender verhält oder sich der Sache gegenüber activ bethätigt, so lange nur einer erneuerten Bethätigung nicht eine factische Unmöglichkeit oder der Wille eines andern Inhabers hindernd in den Weg tritt[1]).

Hiernach sind also von den Sachen, die Gegenstand des Diebstahls sein können, ausgeschlossen die herrenlosen Sachen, auch wenn in Bezug auf sie eine ausschließliche Berechtigung zur Besitzergreifung bestehen sollte. Die Verletzung des Occupationsrechtes eines Andern durch Aneignung herrenloser, nicht im Gewahrsam befindlicher, Sachen fallen unter besondere Strafbestimmungen[2]). Ausgeschlossen sind ferner verlorene Sachen, und als verloren ist die Sache dann zu betrachten, wenn der bisherige Inhaber, weil er nicht weiß wo sie sich befindet, oder weil sie ihm bleibend unzugänglich geworden ist, über dieselbe nicht mehr zu verfügen vermag, nicht aber schon dann, wenn er sie verlegt hat, d. h. wenn sie sich innerhalb der dem Inhaber zugänglichen Räumlichkeiten befindet, dieser sich aber zur Zeit der Stelle an der sie sich befindet nicht zu erinnern vermag[3]), ebensowenig wenn er sie an einem ihm bekannten und zugänglichen Orte in Vergeßlichkeit zurückgelassen hat. Daß im letzteren Falle der Gewahrsam des bisherigen Inhabers fortdauert ist freilich für die Frage ob die

---

1) Vgl. Schwarze § 242 Nr. 9. Oppenhoff § 242 Nr. 18. H. Meyer S. 518. Rüdorff § 242 Nr. 6. Olshausen § 242 Nr. 16. Rsprch. I S. 818.

2) Vgl. wegen unberechtigten Jagens und Fischens Strfgb. §§ 292 f. 296. 296 a. 370, wegen Aneignung von Mineralien die Landesgesetze z. B. preuß. Gesetz v. 22. Febr. 1867.

3) Vgl. Blöde in den neuen Jahrb. f. sächs. Strfr. I, 2. Walther über den Funddiebstahl. Casuistik bei Oppenhoff § 242 Nr. 18—20. Olshausen § 242 Nr. 17.

Digitized by Google

Aneignung der Sache als Diebstahl zu beurtheilen sei, nicht allein entscheidend, da häufig dieser Gewahrsam Anderen unkenntlich sein und der Wegnehmende Grund haben wird, sie als eine verlorne anzusehen[1]). Ob es sich so verhält oder nicht wird nur im concreten Falle festzustellen sein, und dabei ist zu berücksichtigen, daß nicht selten die vergessene oder verlorene Sache ohne Weiteres in den Gewahrsam einer andern Person übergeht. Eine Sache, die sich in der von mir beherrschten Räumlichkeit befindet ist in meinem Gewahrsam, und vermöge meines Willens in diesem Raume allein mit Ausschluß Anderer zu herrschen, erwerbe ich den Gewahrsam an jeder Sache die in diesen Raum gebracht wird, ohne daß dazu ein mit Bewußtsein verübter Act der Besitzergreifung erforderlich wäre. Eine Ausnahme hiervon findet nur insoweit statt, als sich auch andere Personen in diesem Raume befinden und über bestimmte Sachen den Gewahrsam ausüben, wie z. B. die Gäste in einem Wirthslocale über ihre zeitweilig abgelegten Kleidungsstücke[2]). Wer seine Sache in solcher Räumlichkeit zurückläßt und sich dessen erinnert, hat sie zwar nicht verloren, aber hat sie nicht mehr in seinem Gewahrsam, denn zwischen seinen Willen und die Sache ist der Wille dessen getreten, der in jener Räumlichkeit herrscht, von dem die Sache zurückzufordern ist, und der durch Ableugnung des Besitzes nicht Diebstahl, sondern Unterschlagung begeht[3]). Wer eine Sache, die er aus einem Hause stehlen will, im Hause vorläufig versteckt um sie später zu holen, hat damit den Gewahrsam der Sache nicht erworben, sondern sie im Gewahrsam des Hausherrn zurückgelassen, und ein solches Verstecken würde je nach den Umständen höchstens als versuchter Diebstahl zu strafen sein[4]).

---

1) Dies gilt ebenso für den Fall, daß Sachen die gewöhnlich unter Verschlnß gehalten werden, absichtlich, etwa zum Zwecke ferneren Gebrauches an einem Jedermann zugänglichen Orte gelassen werden. Ob die Aneignung derartiger Sachen, wie die auf dem Felde gelassenen Ackergeräthe, Früchte, Garben, des bei einem Baue, Zimmerplatz, Steinbruche liegen gebliebenen Handwerkzeuges u. s. w. als Diebstahl zu beurtheilen sei, hängt davon ab, ob der Thäter die Sachen als im Gewahrsam eines Andern befindliche erkennen konnte und erkannt hat. Vgl. Merkel a. a. O. S. 639. Rüdorff § 242 Nr. 6.

2) Merkel a. a. O. S. 640.

3) Oppenhoff § 242 Nr. 25. Schwarze § 242 Nr. 9.

4) Dagegen die Praxis, Oppenhoff § 242 Nr. 39. Rüdorff § 242 Nr. 12. Man will unterscheiden ob die Sache so versteckt war, daß sie nicht

Digitized by Google

Von Bedeutung für die Unterscheidung von Diebstahl und Unterschlagung ist ferner die Frage ob und inwiefern auch bei dem Gewahrsam im Unterschiede vom juristischen Besitze eine Stellvertretung vorkommen kann. Eine solche Stellvertretung setzt voraus, daß zwischen dem Gewahrsam als dem dauernden, ruhenden Zustande und den diesen ruhenden Zustand unterbrechenden positiven Willensäußerungen des Detentors in Betreff der Sache unterschieden wird. Eine Stellvertretung kann daher hier nur in der Weise vorkommen, daß der Gewahrsam an sich als der dauernde Zustand bei dem Detentor verbleibt, während der Stellvertreter nur als das Instrument erscheint, mittelst dessen der Detentor momentan seinen Willen activ über die Sache bethätigt. Die Voraussetzung ist hierbei also die, daß der Detentor den Gewahrsam als solchen behalten, nicht auf den Stellvertreter übertragen will, auch wirklich in der entsprechenden factischen Beziehung zur Sache verbleibt, und daß der Stellvertreter eine Gewalt über die Sache nur momentan Namens des Auftraggebers, ohne sich selbst den Gewahrsam anzumaßen, ausüben will. Die Frage ob Jemand stellvertretend nur den Gewahrsam oder den juristischen Besitz ausübte, ist hiernach die Vorfrage, von deren Beantwortung es abhängt, ob die Aneignung der fremden Sache als Diebstahl oder Unterschlagung zu beurtheilen sei, weil zwar im ersteren, nicht im letzteren Falle ein Wegnehmen aus dem Gewahrsam eines Andern stattfindet. Jene Frage entsteht am häufigsten bei Entwendungen, welche Dienstboten und andere zum Zwecke irgend welcher Dienstleistungen in das Haus des Dienstherrn aufgenommene Personen, Gäste im Gasthause, Gefangene im Gefängniß, Arbeiter in den Arbeitsräumen, auf dem Hofe, dem Felde, im Walde des Herren begehen. Daß solche Personen den Gewahrsam an den Sachen des Haus- oder Dienstherrn nicht schon dadurch erlangen, daß sie in der Lage sind über dieselben leichter als Andere zu verfügen, darum durch Aneignung derselben Diebstahl begehen, ist unbestritten[1]). Aber auch die Streitfrage ob Diebstahl oder Unterschlagung an-

---

gefunden, oder so, daß sie leicht gefunden werden konnte. Aber die Frage ob Diebstahl, ob Unterschlagung wird doch nicht wohl von der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit des Findens abhängig zu machen sein.

1) Merkel a. a. O. S. 641. Schwarze § 242 Nr. 9. Oppenhoff § 242 Nr. 21—28. Rüdorff § 242 Nr. 8. Olshausen § 242 Nr. 18. Rsprch. I S. 540. II S. 743. III S. 711. 763.

Digitized by Google

zunehmen sei, wenn es sich um eine Sache handelt, die dem Thäter zur Verwahrung, Aufsicht, Besorgung, Bearbeitung, zum Gebrauche übergeben war, wird immer nur in Rücksicht darauf zu entscheiden sein, ob im concreten Falle dem Thäter der Gewahrsam der Sache übertragen war, oder ob er nur stellvertretend den Gewahrsam ausübte.

§ 78. Der Thatbestand des Diebstahls erfordert II. als Handlung das Wegnehmen der Sache aus dem Gewahrsam des Andern. Fordert zwar das Gesetz nur, daß die Sache einem Andern weggenommen, d. h. eigenmächtig dem Gewahrsam desselben entzogen sei, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß das Wegnehmen zugleich als ein Ansichnehmen erscheinen, den Erwerb des Gewahrsams Seitens des Wegnehmenden zur Folge haben muß, da im andern Falle von der Absicht sich die Sache zuzueignen nicht die Rede sein könnte[1]). Daß der Dieb die im Gewahrsam des Andern befindliche Sache selbst ergreife ist nicht erforderlich, denn er kann sich hierzu auch eines Unzurechnungsfähigen oder eines in Irrthum versetzten Menschen als Instrumentes bedienen, wofern er nur die so ergriffene Sache in seinen Gewahrsam bringt. Daher liegt nicht Diebstahl, sondern Betrug vor, wenn Jemand die fremde im Gewahrsam eines Andern befindliche Sache verkauft und den getäuschten Käufer veranlaßt sie weg und an sich zu nehmen[2]). Die Wegnahme darf nicht mittelst Gewaltübung an der Person des Inhabers erfolgen. Sie wird daher nur mittelst List und deshalb in der Regel heimlich verübt werden, obwohl die Heimlichkeit des Wegnehmens kein wesentliches Erforderniß ist[3]). Die Wegnahme muß eigenmächtig wider den Willen des Inhabers erfolgen, so daß durch die Einwilligung des Inhabers der Diebstahl ausgeschlossen erscheint[4]). Selbstverständlich ist es gleichgiltig

1) Olshausen § 242 Nr. 21. Oppenhoff § 242 Nr. 33. Berner S. 533. v. Liszt S. 257. Rüdorff § 242 Nr. 12. Dagegen Rubo § 242 Nr. 6. Merkel a. a. O. S. 643.

2) Dagegen Merkel a. a. O. Vgl. oben S. 269.

3) Daß Gewalt an der Person ausgeschlossen ist, bedingt nicht, wie Temme Lehrb. S. 903 annimmt, daß die Wegnahme heimlich, sondern nur, daß sie listig stattfinde, also wenn nicht heimlich, so unter listiger Benutzung von Umständen die den Widerstand des Inhabers ausschließen. Oppenhoff § 242 Nr. 34.

4) Beseler S. 409 betrachtet den gegen den Willen des Eigenthümers in die Wegnahme der Sache willigenden Inhaber als Theilnehmer am Diebstahl, ebenso Hufnagel II S. 303.

Digitized by Google

ob der Inhaber zur Einwilligung befugt war oder nicht, wogegen, da der Gewahrsam wesentlich ein Willensverhältniß ist, erfordert wird, daß der Einwilligende auch wirklich Inhaber und fähig sei den Gewahrsam wie zu üben so auch zu übertragen. Sachen, welche Kinder, Blödsinnige, Wahnsinnige bei sich tragen oder über die sie sonst in der Lage sind zu verfügen, befinden sich nicht in deren Gewahrsam und können von ihnen auch nicht in den Gewahrsam eines Andern übertragen werden[1]). Allerdings handelt es sich hier nicht um Ausübung und Uebertragung eines Rechtes an der Sache, aber doch um eine rechtlich bedeutsame Willensäußerung, die als solche die Zurechnungs- und Handlungsfähigkeit zur Voraussetzung hat. Ob der Inhaber wirklich den Gewahrsam übertragen oder ob er, ohne ihn aufzugeben, nur dessen momentane Ausübung dem Andern gestatten wollte, kann nur nach den Umständen des concreten Falles entschieden werden.

§ 79. Der Diebstahl erfordert III. in Betreff der Willensbestimmung den Dolus[2]). Dieser setzt voraus das vorsätzliche Wegnehmen der Sache mit dem Bewußtsein, daß sie eine fremde, im Gewahrsam eines Andern befindliche ist, und daß die Wegnahme wider den Willen des Inhabers geschieht. Die Einwilligung eines handlungsunfähigen in die Wegnahme der Sache schließt den Thatbestand des Diebstahls aus, wenn der Thäter diese Eigenschaft des Einwilligenden nicht kannte.

Der Dolus erfordert aber bei dem Diebstahle weiter noch die Absicht sich die Sache rechtswidrig zuzueignen[3]), und zwar muß die Handlung des Wegnehmens selbst eine durch diese Absicht bestimmte sein, so daß der Thatbestand des Diebstahls ausgeschlossen ist, falls die Besitzergreifung in nicht rechtswidriger Absicht erfolgt, und erst späterhin die Absicht rechtswidriger Aneignung hinzukommt.

Hiernach sind im Thatbestande des Diebstahls die Wegnahme und die Zueignung der Sache, und rücksichtlich der Willensbestimmung der Vorsatz die Sache dem Gewahrsam des Inhabers zu entziehen und die Absicht sie sich rechtswidrig zuzueignen zu

---

1) Merkel a. a. O. S. 644. Goltd. Arch. V S. 697. VIII S. 840. Oppenhoff § 242 Nr. 34, der aber Nr. 16 auch das Kind und den Geistesschwachen als Inhaber anerkennt. Dagegen Rsprch. II S. 85.

2) Ueber die von Klien und Feuerbach angeregte Streitfrage ob ein culposer Diebstahl denkbar sei vgl. Ullmann a. a. O. S. 6 f.

3) Vgl. Hälschner Syst. II S. 437.



Digitized by Google

unterscheiden[1]). Diese Unterscheidung darf aber nicht zu der Annahme verleiten, als ob der Vorsatz wegzunehmen und die Absicht zuzueignen zwei selbständig nebeneinander bestehende und miteinander concurrirende Willensbestimmungen wären, als ob dem Wegnehmen das Zueignen zeitlich nachfolgte. Der Thatbestand des Diebstahls erfordert vielmehr wesentlich, daß der Vorsatz wegzunehmen selbst bestimmt sei durch die Zueignungsabsicht, daß die vorsätzliche Thätigkeit des Wegnehmens verübt werde als Mittel zum Zwecke der Zueignung. In der Thätigkeit des Wegnehmens bethätigt sich daher nicht nur der Vorsatz von der Sache Besitz zu ergreifen, sondern auch die Absicht sie sich zuzueignen, und mit der vollzogenen Besitzergreifung tritt unvermeidlich auch der beabsichtigte Erfolg, die Zueignung, ein[2]).

Das Gesetz fordert, daß die Absicht auf rechtswidrige Zueignung gerichtet sei, oder, was dasselbe ist, daß die Wegnahme mit der rechtswidrigen Absicht der Zueignung erfolge[3]). Rechtswidrig ist die Absicht, vermöge des Bewußtseins des Thäters die Sache sich wider den Willen des Eigenthümers zuzueignen. Hiernach ist der Thatbestand des Diebstahls ausgeschlossen, wenn die Sache zwar wider den Willen des Inhabers, aber mit Zustimmung des Eigenthümers weggenommen und angeeignet wird[4]), sollte damit auch ein Recht des Inhabers die Sache zu besitzen verletzt werden. Ausgeschlossen ist der Thatbestand des Diebstahls aber auch dann, wenn der Thäter zwar in der Meinung handelt die Sache sich

---

1) Merkel a. a. O. S. 655.

2) Dagegen Binding a. a. O. S. 454 und ihm folgend Olshausen § 242 Nr. 33, welche behaupten, daß zum Thatbestande des Diebstahls Vollendung der Zueignung nicht gehöre. Was, wenn die Sache in der Absicht der Zueignung weggenommen ist, zur Vollendung der Zueignung noch weiter gehören und erforderlich sein könnte, ist unverständlich.

3) Der von Rubo § 242 Nr. 10 geltend gemachte Unterschied der Absicht rechtswidriger Zueignung und der rechtswidrigen Absicht der Zueignung ist unverständlich.

4) Wenn der Eigenthümer in die Zueignung willigt, so auch in das Wegnehmen, und wenn in das Wegnehmen in dem hier allein in Betracht kommenden Sinne, d. h. als Mittels der Zueignung, so auch in diese, und in diesem Sinne wird man sagen dürfen, daß der Diebstahl ausgeschlossen ist, wenn der Inhaber oder Eigenthümer in das Wegnehmen willigt. Daß, wie Binding a. a. O. S. 556 hervorhebt, der Diebstahl nicht ausgeschlossen ist, wenn der Eigenthümer in das Wegnehmen aber nicht in das Zueignen einwilligte, ist selbstverständlich.

Digitized by Google

rechtswidrig zuzueignen, die Zueignung gleichwohl nicht rechtswidrig ist, weil ihm unbewußt der Eigenthümer einwilligte. Das Gegentheil wird nicht daraus gefolgert werden dürfen, daß das Gesetz nur die Absicht rechtswidriger Zueignung, nicht die Rechtswidrigkeit der Zueignung fordert, und zwar darum nicht, weil es die aus der Natur aller gegen das Vermögen gerichteter Delicte sich von selbst ergebende Voraussetzung ist, daß sie gegen den Willen des Berechtigten verübt werden, und weil eben darum nichts entgegensteht das Gesetz dahin zu deuten, daß die Zueignung nicht nur nach der Meinung des Thäters, sondern auch wirklich eine rechtswidrige sein müsse[1]).

Die Absicht des Diebes die Sache sich zuzueignen kann selbstverständlich nicht darauf gerichtet sein Eigenthum zu erwerben, denn der Dieb will sie haben, obwohl er weiß, daß sie nicht die seine ist. Sie geht vielmehr darauf die Sache dem Eigenthümer bleibend zu entziehen und sie in das eigne Vermögen, den Kreis der Güter zu bringen, über welche der Inhaber die ausschließliche Herrschaft in Anspruch nimmt. Der Dieb will, ohne Eigenthümer zu sein, gleich einem Eigenthümer frei und ausschließlich über die Sache verfügen[2]).

---

1) Daß durch die dem Thäter unbekannte Einwilligung des Eigenthümers der Diebstahl nicht ausgeschlossen werde, hat zuerst Merkel a. a. O. S. 653 aus der von ihm mißbilligten Fassung des § 242 gefolgert, und dies wird, wenn lediglich der Buchstabe des Gesetzes entscheidet, gefolgert werden dürfen. Ebenso Rubo § 242 Nr. 10. Dagegen Oppenhoff § 242 Nr. 43. Schwarze § 242 Nr. 15. Olshausen § 242 Nr. 31. H. Meyer S. 526. John Ztschrft. f. Strfr.-W. I S. 263. Binding a. a. O. S. 557, dessen Argument, daß hier „Absicht" als Synonym von „Vorsatz" zu nehmen sei, aber wenig geeignet ist Merkel's Ansicht zu widerlegen. Auch steht hiermit im Widerspruche Binding's Behauptung, S. 454, daß der Diebstahl vollendete Aneignung nicht erfordere. Die meisten der früheren deutschen Strfgb. hatten allerdings ausdrücklich hervorgehoben, daß die Einwilligung des Berechtigten, die des Eigenthümers oder Inhabers, den Diebstahl ausschließe, wogegen das bad., bayer. und lüb. Strfgb. nur von der Absicht rechtswidriger Zueignung sprechen.

2) Berner S. 532. H. Meyer S. 520. Binding a. a. O. S. 545. Ullmann a. a. O. S. 66. Dickel S. 55. Oppenhoff § 242 Nr. 41 bis 43. Olshausen § 242 Nr. 28. John Ztschrft. f. Strfr.-W. I S. 257. 267. Merkel a. a. O. S. 649 glaubt die Worte „sich zuzueignen" dahin deuten zu dürfen, daß es nur auf die Absicht ankomme die Sache dem Willen und Interesse eines Andern, gleichviel ob des Thäters oder sonstigen Inter-

Digitized by Google

Hiernach ist vom Diebstahle ausgeschlossen die Thätigkeit dessen, der in der Absicht die Sache dem Eigenthümer dauernd zu entziehen, einen Andern veranlaßt die Sache wegzunehmen und sich zuzueignen. Handelt dieser mit dem Bewußtsein zu stehlen, so ist jener Anstifter zum Diebstahl, handelt der Wegnehmende, von dem Andern in Irrthum versetzt, in der Meinung, daß die Zueignung eine rechtliche sei, so ist letzterer, wenn, wie bei dem Verkaufe der fremden Sache, die weiteren Bedingungen hierzu gegeben sind, des Betruges schuldig[1]). Indifferent für den Thatbestand des Diebstahls ist es dagegen ob der Dieb die Absicht hat die Sache dauernd in seinem Vermögen zu behalten, oder ob er sie sich zueignet in der Absicht sie auf einen Andern zu übertragen, zu dessen Gunsten oder auch in dessen Auftrage er die Sache wegnimmt und damit zunächst sich zueignet, ob er in diesem Falle einen Vermögensvortheil für sich erstrebt oder nicht.

Ausgeschlossen vom Diebstahl ist ferner jedes Wegnehmen und rechtswidrige Verfügen über die Sache, wenn der Thäter das Recht des Eigenthümers insofern respectirt, als die Absicht nicht darauf gerichtet ist, sie ihm dauernd zu entziehen. Dahin gehört der Fall, daß die Sache weggenommen wird um sie zeitweilig zu gebrauchen und sie später zurückzugeben, sollte der Gebrauch auch irgend eine Werthverminderung der Sache zur Folge haben, es sei denn, daß ein Verbrauch der Sache stattfindet. Ebenso gehört hierher das Wegnehmen der fremden Sache in der Absicht sie zu verpfänden und nach Wiedereinlösung zurückzugeben[2]).

---

essenten, dienstbar zu machen, und dies ist unrichtig, insofern die diebische Absicht jedenfalls darauf gehen muß die Sache zunächst dem eignen Willen zu unterwerfen, womit die weitere Absicht die Sache sofort einem Andern zu übertragen wohl vereinbar ist.

1) Genügt zum Diebstahl die Absicht die Sache dem Willen eines Andern, nicht dem eignen, zu unterwerfen, so ist auch derjenige Dieb, welcher die fremde Sache verkauft und den gutgläubigen Käufer veranlaßt die Sache wegzunehmen, wie dies die Ansicht von Merkel S. 643 ist, ebenso H. Meyer's S. 523, Schütze's S. 472. Letzterer, vgl. S. 430, betrachtet folgerecht Aneignung der Sache überhaupt nicht als erforderlich zum Diebstahl, sondern auch das Ansichbringen des Sachwerthes als ausreichend.

2) Merkel S. 650. Binding S. 545. Schwarze § 242 Nr. 17. Dickel S. 54. Olshausen § 242 Nr. 30. v. Liszt S. 258. Rsprch. I S. 659. 664. Dagegen F. Meyer § 242 Nr. 15. Oppenhoff § 242 Nr. 41. Blum § 242 Nr. 10.

Digitized by Google

§ 80. Fortdauernd streitig ist die Frage ob der Thatbestand des Diebstahls die Absicht des Diebes sich zu bereichern, die Sache sich unentgeltlich anzueignen erfordere. Da der Diebstahl in den bei weitem meisten Fällen aus dem Motive der Habsucht, Gewinnsucht entspringt, war es erklärlich, daß das ältere deutsche Recht sich bei der rechtlichen und sittlichen Würdigung des Diebstahls durch die Rücksicht auf das vorausgesetzte Motiv des Diebes bestimmen ließ[1]). Dem folgend und bestärkt durch die Deutung des zum furtum erforderlichen animus lucri faciendi, betrachtete auch die gemeinrechtliche Doctrin das Motiv der Gewinnsucht als wesentliches Moment im Thatbestande des Diebstahls[2]). Der neueren Doctrin und Gesetzgebung, welche übereinstimmend Motiv und Zweck des Thäters als indifferent für den Thatbestand des Diebstahls betrachteten, folgte wie das preußische so auch das deutsche Strafgesetzbuch, von den meisten anderen aber sich dadurch unterscheidend, daß eine jede derartige Bezeichnung der diebischen Absicht vermieden wurde, welche, wie die anderer Gesetzbücher, besorgen ließ, daß sie irrthümlich auf das Motiv gedeutet werden möchte. Es war eine erklärliche Nachwirkung der Rolle, welche das Motiv der Gewinnsucht in der Lehre vom Diebstahl gespielt hatte, nicht nur, daß die Praxis geneigt blieb auf dies Motiv zurückzugreifen, wo ihr dazu irgend eine Handhabe geboten war, sondern auch, daß selbst die Gesetzgebung, in unklaren Anschauungen

---

John Ztschrft. f. Strfr.-W. I S. 256 hat die Frage ob es Zueignung sei, wenn ein Gläubiger eine Sache seines Schuldners zum Pfande nimmt, verneint, weil der Thäter über die Sache nicht gleich einem Eigenthümer, sondern nur gleich einem Pfandbesitzer verfügen wolle, darum also das Eigenthumsrecht des Schuldners anerkenne. Wer die Sache zur Sicherung seiner Forderung wegnimmt, thut es zunächst in der Absicht, sie nach erhaltner Zahlung zurückzugeben, und hat sie darum sich gewiß nicht zugeeignet. Er nimmt aber die Sache zugleich auch in der Absicht weg, sie eventuell als die seine zu behalten oder sie zu veräußern. Da er nicht Pfandbesitzer ist, so hat die von ihm vorgenommene rechtswidrige Veräußerung eine ganz andere Bedeutung als die Veräußerung durch den Pfandbesitzer, der das Recht hat, fremdes Eigenthum zu veräußern. Wer ohne solches Recht veräußert, nimmt damit ohne Zweifel eine Zueignungshandlung vor. Vgl. von Buri im G.-Saal 1881 S. 418. Daß gleichwohl auch in solchem Falle kein Diebstahl vorliegt, beruht auf anderem Grunde, worüber weiter unten.

1) Vgl. Hälschner Syst. II S. 397 f.

2) Hälschner a. a. O. S. 437 f. Ullmann a. a. O. S. 33 f.

Digitized by Google

befangen, die ihrer Tendenz entsprechende Formulirung des Gesetzes nicht zu finden vermochte.

Insbesondere gelangte man auch bei der Redaction des preußischen Strafgesetzbuches nicht zur völligen Klarheit darüber, daß die Frage, ob das Motiv der Gewinnsucht zum Thatbestande des Diebstahls erforderlich sei, wesentlich verschieden ist von der Frage, ob der Diebstahl die Absicht zu gewinnen, d. h. die Absicht, sich durch unentgeltliche Aneignung zu bereichern, fordere. In dem Streben das Motiv der Gewinnsucht auszuschließen und in dieser Beziehung jedem möglichen Irrthum zu begegnen, gab man dem § 215 eine Fassung, von der man irriger Weise voraussetzte, daß durch die geforderte Absicht rechtswidriger Zueignung, auch die Absicht unentgeltlicher Zueignung, die man als wesentlich für den Thatbestand des Diebstahls erachtete, genügend bezeichnet sei[1]). Ganz der Auffassung folgend von der die preußische Gesetzgebung und Praxis ausgegangen war, glaubte der erste Entwurf des deutschen Strafgesetzbuches ihr einen entsprechenderen Ausdruck dadurch zu geben, daß zum Thatbestande des Diebstahls die Absicht durch Zueignung der Sache sich oder einem Andern Gewinn zu verschaffen gefordert wurde[2]). Der revidirte Entwurf kehrte gleichwohl zur Fassung des preußischen Strafgesetzbuches zurück, wiederum in der Besorgniß, daß „die Absicht sich Gewinn zu verschaffen" zu Mißverständnissen Anlaß geben könnte, und wiederum in der unhaltbaren Voraussetzung, daß „in der Absicht der rechtswidrigen Zneignung die Absicht, sich die fremde Sache ohne Entgelt zuzueignen, ausgedrückt" liege[3]). Eben diese Absicht sich durch unentgeltliche Zueignung zu bereichern ist zu allen Zeiten und bis heut als das charakteristische, die eigenthümliche sittliche Würdigung des Diebstahls bedingende Moment seines Thatbestandes betrachtet worden, wenn man auch, in unklarer Auffassung darüber hinaus-

1) Goltd. Mat. II S. 464 f. Hälschner Syst. II S. 442 f. Der aus den Materialien sich zweifellos ergebenden Auffassung folgte die Praxis, indem sie den Grundsatz festhielt, es müsse die geforderte Absicht der rechtswidrigen Zueignung als auf rechtswidrige Gewinnung der Sache gerichtet gedacht werden, wobei es freilich auch vorkam, daß man diese Absicht wieder als Motiv deutete. Oppenhoff Comment. z. preuß. Strfgb. § 215. Goltd. Arch. V S. 397. XII S. 285. XV S. 809. John Kritiken strafr. Entsch. S. 99 f.

2) Motive z. I Entwf. § 215—222.

3) Motive z. II Entwf. § 237—243.

Digitized by Google

gehend, nicht nur diese formale auf Bereicherung gehende Absicht, sondern das Motiv der Gewinnsucht forderte. Der Verzicht auf dieses Thatbestandsmoment führt aber dahin, daß der Diebstahl im Widerspruche zur Anschauung und Auffassung des Volkes wie der Juristen, zum Rechte und zur bisherigen Gesetzgebung, als eine strafrechtliche Kategorie erscheint, welche durchaus heterogene Delicte umfaßt.

Die in der Doctrin und Praxis herrschende Ansicht ist es, daß der Thatbestand des Diebstahls die Absicht sich durch unentgeltliche Aneignung der Sache zu bereichern nicht erfordere, und es muß unbedenklich zugegeben werden, daß die entgegengesetzte Ansicht, von der die Motive ausgingen, in der Fassung des § 242 nicht den entsprechenden Ausdruck gefunden hat. Die Beurtheilung dieser Fassung ist aber eine verschiedene. Einerseits wird sie entschieden getadelt[1]) und gewiß mit Recht, weil es in hohem Grade bedenklich erscheint, wenn das Gesetz einen von der, in langer geschichtlicher Entwickelung festgehaltenen, sachlich wohl begründeten, in der Volksanschauung auch heut festgehaltenen Auffassung wesentlich abweichenden Diebstahlsbegriff construirt, und damit den Richter nöthigt den als Dieb zu verurtheilen, den die öffentliche Meinung nimmermehr als solchen betrachten wird. Andererseits wird zwar zugestanden, daß Fälle vorkommen werden, die nach der Fassung des § 242 als Diebstahl zu bestrafen sind, obwohl sie sich durch den Mangel der Bereicherungsabsicht charakteristisch unterscheiden, gleichwohl aber aus unhaltbaren Gründen die gesetzliche Formulirung des Diebstahls gebilligt und vertheidigt[2]). Wenn die Fassung des Gesetzes endlich auch unbedingte

---

1) So vor allem von Merkel a. a. O. S. 658 f. Vgl. Binding in Grünhut Ztschrft. II S. 689.

2) So von Berner, S. 532, weil sonst Sachen die nur einen Affectionswerth haben und durch deren Wegnahme man sich nicht bereichern könne, des Strafschutzes entbehren würden. Vgl. dagegen oben S. 282. Daß der Richter den Mangel der Bereicherungsabsicht bei der Strafzumessung zu berücksichtigen habe, ist ein unzulänglicher Trost für den der als Dieb verurtheilt wird ohne es zu sein. F. Meyer S. 520 erachtet die volle Strafwürdigkeit des Diebstahls schon durch die rechtswidrige Zueignung begründet, womit es nicht stimmt, daß er innerhalb des Diebstahlsbegriffes einen Unterschied zwischen den Fällen entgeltlicher und unentgeltlicher Zueignung gemacht wissen will. Folgerichtiger würde es wohl sein, die ersteren Fälle vom Diebstahle auszuscheiden.

Digitized by Google

Billigung und Rechtfertigung findet, so geschieht es doch regelmäßig in der Weise, daß man den vollen Consequenzen des Gesetzes ausweicht, und den gegen jene Fassung sich erhebenden Bedenken in unhaltbarer Weise zu begegnen sucht.

Es sind folgende Fälle deren Beurtheilung vielfach streitig ist und sehr verschieden ausfallen wird, je nachdem die Absicht sich durch unentgeltliche Zueignung der Sache zu bereichern zum Thatbestande des Diebstahls erfordert wird oder nicht.

1) Die Frage ob es Diebstahl sei, wenn Jemand die fremde Sache eigenmächtig wegnimmt und sich zueignet, auf welche, und auf Erlangung des Eigenthums an ihr er ein Recht hat, also insbesondere, wenn der Käufer der geleistet hat oder dem creditirt ist, die noch nicht tradirte Sache dem Verkäufer wegnimmt und sich zueignet, wird regelmäßig verneint[1]). Sie wird verneint weil die Absicht rechtswidriger Zueignung mangele. Daß der Diebstahl ausgeschlossen ist, wenn der Thäter rechtsirrthümlich annimmt durch den Kauf bereits Eigenthum erworben zu haben, ist selbstverständlich. Weiß er aber, daß er nur den Anspruch darauf hat mittelst Tradition Eigenthum zu erwerben, so ist er sich nothwendig auch dessen bewußt, daß nicht blos das eigenmächtige Wegnehmen, sondern auch das Aneignen wider die rechtliche Ordnung, rechtswidrig ist, und es kann die Absicht rechtswidriger Zueignung unmöglich geleugnet werden[2]). Noch weniger aber wird die Rechtswidrigkeit selbst geleugnet und behauptet werden können, daß wer den Anspruch auf Eigenthumsübertragung hat, damit auch das Recht habe die Sache mittelst eigenmächtigen Wegnehmens sich zuzueignen[3]). Endlich wird man die rechtswidrige Zueignung auch nicht damit beseitigen können, daß man zugiebt, die Zueignung mittelst eigenmächtigen Wegnehmens sei zwar rechtswidrig, aber nur der Form nach; sie verstoße zwar gegen die Rechtsordnung, aber nicht gegen das materielle Recht, wie dies der Diebstahl

---

1) So Köstlin Abhdlg. S. 244. Ullmann a. a. O. S. 69. H. Meyer S. 522. v. Liszt S. 259. Oppenhoff § 242 Nr. 45. Schwarze § 242 Nr. 16. Olshausen § 242 Nr. 32. Vgl. dagegen Binding Normen II S. 546.

2) Die Absicht rechtswidriger Zueignung wird geleugnet von Merkel, H. Meyer, Oppenhoff, Schwarze, v. Liszt a. a. O.

3) So Olshausen a. a. O. und John in Ztschrft. f. Strfr.-W. I S. 254.

Digitized by Google

fordere[1]). Bei allen diesen Versuchen der Nöthigung zu entgehen, in dem gedachten Falle Diebstahl anzunehmen, handelt es sich immer nur darum, die Absicht rechtswidriger Aneignung in einem engeren, beschränkteren Sinne zu deuten als die Worte des Gesetzes es gestatten. Die Voraussetzung unter der allein es zu rechtfertigen ist, den Thatbestand des Diebstahls als ausgeschlossen zu betrachten ist aber die, daß der Diebstahl nicht bloß Verletzung des Eigenthumsrechtes, sondern auch eine Vermögensbeschädigung fordert, die dadurch verübt wird, daß der Dieb die Sache unentgeltlich in sein Vermögen bringt.

2) Ist es Diebstahl, wenn Jemand seinem Schuldner eine Sache wegnimmt, um sich durch dieselbe Sicherung für Befriedigung einer Forderung zu verschaffen? Es kann nicht zweifelhaft sein, daß kein Diebstahl vorliegt, wenn dem Gläubiger die Absicht der Zueignung fehlt, wenn er hofft, daß der Schuldner sich durch das Interesse die Sache zurück zu erhalten bestimmen lassen werde zu zahlen, aber entschlossen ist, die Sache unter allen Bedingungen, auch im Falle der Nichtbefriedigung, zurück zu geben. Anders verhält es sich aber, wenn er die Absicht hat, die Sache gleich einem Faustpfandgläubiger zu besitzen und zu behandeln. Daß er durch das Wegnehmen der Sache ein Pfandrecht nicht erwirbt ist selbstverständlich und darum erwirbt er auch nicht das Recht die Sache zu veräußern. Veräußert er die Sache, so hat diese Veräußerung eine wesentlich andere Bedeutung als die des Pfandgläubigers, denn letzterer veräußert kraft seines Rechtes im Namen des Eigenthümers, ersterer aber rechtswidrig in Usurpation der

---

1) So Ullmann a. a. O. S. 68. Ruhstrat in Ztschrft. f. Strfr.-W. I S. 389.

2) Wenn Ruhstrat a. a. O. S. 390 zum Diebstahl eine materielle Rechtsverletzung erforderlich erachtet, so kann damit nur eine Vermögensbeschädigung gemeint sein, und dann, zum Unterschiede von andern Vermögensbeschädigungen, eine solche die durch unentgeltliche Aneignung und Gewinnung der Sache verübt wird. Dann aber ist es inconsequent in andern Fällen dies zu leugnen. Auch John a. a. O. S. 267 fordert zum Diebstahl Vermögensbeschädigung, ohne daraus die richtigen Consequenzen zu ziehen. Alle Zweifel und Bedenken würden beseitigt erscheinen, wenn man nach meinem Vorschlage den Diebstahl dahin definirt hätte, daß einen Diebstahl begeht: „Wer vorsätzlich das Vermögen eines Andern dadurch beschädigt, daß er eine fremde, bewegliche Sache u. s. w." Vgl. Schwarze Comment. S. 664 Note 6.

Digitized by Google

Rechte des Eigenthümers, und mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit[1]). Eben deshalb erscheint die Veräußerung ohne Zweifel als rechtswidrige Aneignung, und man wird auch nicht einwenden können, daß die Sache nicht in der Absicht rechtswidriger Zueignung weggenommen sei, denn wurde sie weggenommen mit dem Willen sie gleich einem Faustpfande zu haben, so auch mit der eventuell bestimmten Absicht sie zu veräußern.

Hiermit folgt von selbst, daß auch der Gläubiger, der seinem Schuldner eine Sache wegnimmt, um sie als Aequivalent seiner Forderung zu behalten oder in der Absicht sie sofort zu veräußern und sich mittelst des Erlöses befriedigt zu machen, sich der rechtswidrigen Aneignung der Sache schuldig macht[2]). Den Fall anders zu beurtheilen falls der Gläubiger, der Geld zu fordern hat, dem Schuldner Geld wegnimmt[3]) liegt kein Grund vor. Ebensowenig kann dagegen eingewendet werden, daß hier der Gläubiger nicht wie der Dieb allein auf Grund der Wegnahme, sondern auf Grund seines Anspruches auf Befriedigung gehandelt habe[4]), denn das Gesetz fordert die Absicht rechtswidriger Zueignung ohne zu unterscheiden, aus welchem Grunde die rechtswidrige Zueignung erfolgt. Am wenigsten kann der einfachen Behauptung, daß hier nicht Diebstahl, sondern Selbsthilfe vorliege, Gewicht beigemessen werden[5]).

---

1) John a. a. O. S. 254 leugnet die Zueignung, wenn der Gläubiger eine Sache des Schuldners zum Pfande nimmt, weil der Schuldner Eigenthümer des Pfandes bleibe, der Gläubiger nicht das Eigenthum, sondern nur die Befugnisse des Pfandgläubigers sich anmaße. Dagegen von Buri im G.-Saal 1881 S. 418 f. Olshausen § 242 Nr. 30 b.

2) Merkel a. a. O. S. 658. H. Meyer S. 522. v. Liszt S. 259. Oppenhoff § 242 Nr. 45. Rüdorff § 242 Nr. 15. Olshausen § 242 Nr. 31. Pezold § 242 Nr. 49. Zimmerle § 242 Nr. 44. 47. Entsch. I S. 193. Rsprch. II S. 73. Die Anerkennung der rechtswidrigen Aneignung hat zur Folge, daß die That auch als Diebstahl betrachtet wird. Dagegen Schütze S. 480. Zimmerle § 242 Nr. 48.

3) So Rsprch. II S. 73. Dagegen John a. a. O. S. 248. Ruhstrat a. a. O. S. 383.

4) So die Motive a. a. O. Schwarze § 242 Nr. 16 Note 1. Dagegen Merkel S. 659.

5) Man kann nicht wie Berner S. 533 es billigen und rechtfertigen, daß die Bereicherungsabsicht vom Thatbestande des Diebstahls ausgeschlossen werde, und es zugleich als Verirrung bezeichnen, daß Diebstahl und Selbsthilfe verwechselt wird. Ullmann a. a. O. S. 68 behauptet wunderlicher Weise, daß hier die Absicht den Eigenthümer um die Sache selbst zu bringen

Digitized by Google

Ohne Zweifel liegt ein Act der Selbsthilfe vor, aber der Beurtheilung und Bestrafung als Diebstahl würde er nur entgehen können, wenn der Thatbestand des Diebstahls die Absicht des Diebes das Vermögen des Eigenthümers zu beschädigen und sich zu bereichern erforderte. Unter solcher Voraussetzung würde der Thäter um der Diebstahlsstrafe zu entgehen sich hüten müssen, die Grenzen der Selbsthilfe dadurch zu überschreiten, daß er sich eine Sache aneignet, deren Werth den Betrag seiner Forderung überschreitet, oder einen aus dem Erlös der veräußerten Sache sich ergebenden Mehrbetrag dem Schuldner nicht abliefert.

3) Ist es Diebstahl, wenn Jemand die fremde Sache wegnimmt und sich zueignet, aber für dieselbe ein volles Aequivalent zurückläßt oder in anderer Weise dem Eigenthümer zuwendet? In vielen derartigen Fällen wird der Thatbestand des Diebstahls durch die mangelnde Absicht rechtswidriger Zueignung ausgeschlossen sein, weil der Thäter die Zustimmung des Eigenthümers glaubt voraussetzen zu dürfen. Eignet er sich aber die Sache wissentlich gegen den Willen des Eigenthümers, und darum rechtswidrig zu, so wird die That als Diebstahl zu beurtheilen sein, es wäre denn, daß der Thatbestand des Diebstahls Vermögensbeschädigung durch unentgeltliche Aneignung der Sache erfordere[1]).

4) Ist es Diebstahl, wenn die fremde Sache in der Absicht sie zu zerstören weggenommen und zerstört wird? eine Frage die regelmäßig verneint wird und zwar darum, weil hier die Absicht rechtswidriger Zueignung mangele. Wer aber die Sache wegnimmt um sie zu zerstören, nimmt sie weg mit der Willensbestimmung sie dem Eigenthümer bleibend zu entziehen und über sie gleich dem Eigenthümer zu verfügen, also mit einer Willensbestimmung, welche der des Diebes vollkommen entspricht, denn für die Frage ob rechtswidrige Zueignung stattgefunden habe, ist die Frage ob der Thäter die Sache behalten oder sofort verschenken oder zerstören

---

mangle, während eben diese Absicht vorausgesetzt wird, und nur die Absicht ihn um den Werth der Sache zu bringen mangelt.

1) Daß in solchem Falle Diebstahl anzunehmen sei, ist die herrschende und folgerichtige Auffassung unter der Voraussetzung, daß der Diebstahl die Absicht des Diebes sich zu bereichern nicht erfordert. Es bleibt aber ein Widerspruch hier rechtswidrige Zueignung, darum Diebstahl, anzunehmen, während sie bei dem Wegnehmen der Sache auf die der Thäter ein Recht hat, geleugnet wird. Wenn Ruhstrat zum Diebstahle eine materielle Rechtsverletzung fordert, die im letzteren Falle mangele, so mangelt sie hier doch ebenso.

Digitized by Google

will indifferent[1]). Es erscheint allerdings widersinnig, wenn derjenige, der die Sache zerstört ohne sie vorher wegzunehmen wegen Sachbeschädigung, derjenige der sie wegnimmt um sie sofort zu zerstören, wegen Diebstahls gestraft wird, aber es ist dies eine Consequenz der nicht zu entgehen ist, sofern nicht auch im letzteren Falle die mangelnde Absicht des Thäters sich zu bereichern, den Diebstahl ausschließt. Dem Wegnehmen der Sache um sie zu zerstören steht gleich das Wegnehmen, um die Sache in anderer Weise dem Eigenthümer bleibend zu entziehen, z. B. das Wegnehmen von Fischen aus dem Fischbehälter, das Einfangen von Wild im Wildpark um den Thieren ihre Freiheit zu geben. Zweifellos würde Diebstahl vorliegen, wenn die Sache zwar in der Absicht sie zu zerstören, aber zugleich in der Absicht sie zuvor zu benutzen und zu gebrauchen weggenommen wurde.

In Betreff der Frage, ob nach dem deutschen Strafgesetzbuche der Thatbestand des Diebstahls die Absicht des Thäters die Sache unentgeltlich zu erlangen erfordere, muß unbedenklich zugegeben werden, daß diese Absicht in § 242 nicht den entsprechenden Ausdruck gefunden hat, und daß es ein Irrthum ist, wenn die Motive davon ausgehen, daß in der Absicht der rechtswidrigen Zueignung die Absicht, sich die Sache ohne Entgelt zuzueignen, ausgedrückt liege. Es kann aber nicht als richtig anerkannt werden, daß für die Auslegung des § 242 lediglich sein Wortlaut ohne jede Berücksichtigung seines Zusammenhanges mit dem Ganzen, seiner systematischen Stellung[2]) und seiner Ergänzung durch andere Strafbestimmungen, maßgebend sein soll.

Die zuerst zu beantwortende Frage ist die: ob der Diebstahl

---

1) Wenn Berner Kritik des Entwurfs S. 67. Ullmann a. a. O. S. 70. Olshausen § 242 Nr. 30 darauf hinweisen, daß dem Zerstören doch die rechtswidrige Zueignung vorangehe, so kann dem nicht mit der Behauptung begegnet werden, daß die Absicht zu zerstören, die Absicht zuzueignen ausschließe, ebensowenig mit dem Einwande, daß, wie Merkel S. 649 sagt, dem Zerstören nur das Wegnehmen, nicht das Zueignen vorangehe. So gewiß Wegnehmen und Zueignen zu unterscheiden sind, weil ein Wegnehmen ohne Zueignung geschehen kann, so wenig sind in der That des Diebes Wegnehmen und Zueignen zeitlich geschieden. Die Zueignung folgt nicht dem Wegnehmen nach, sondern dieses ist selbst Zueignung, wenn es in der entsprechenden Absicht verübt wird. Vollert Kritik des Entwurfs S. 55 erklärt das Wegnehmen der Sache, um sie sofort zu zerstö ren, für Diebstahl.

2) Vgl. Binding a. a. O. S. 558.

Digitized by Google

eine Vermögensbeschädigung des Bestohlenen erfordert. Alle gegen das Vermögen gerichteten Delicte sind entweder solche, welche das Vermögen beschädigen, seinen Werth mindern, oder solche, welche ohne Beschädigung nur das formale Recht verletzen, zwei Arten von Rechtsverletzungen die ihrem rechtlichen und sittlichen Werthe nach so wesentlich verschieden sind, daß man, wenn die letzteren Rechtsverletzungen nicht nur civilrechtlich, sondern auch strafrechtlich verfolgt werden sollen, besondere ausdrückliche Strafbestimmungen erwarten darf. Das Gesetz hat das Erforderniß der Vermögensbeschädigung ausgesprochen in Betreff des Betruges, der Untreue, des Bankerotts, der Erpressung, nicht in Betreff des Diebstahls und der Unterschlagung. Daß der Diebstahl Vermögensbeschädigung erfordere, konnte überall da nicht zweifelhaft sein, wo, wie im älteren gemeinen Rechte und nach den meisten deutschen Strafgesetzbüchern das Strafmaß von dem Maße der Beschädigung, dem Werthe des Gestohlenen, abhängig gemacht war, wenn auch in der Begriffsbestimmung des Diebstahls das Erforderniß der Vermögensbeschädigung als ein selbstverständliches keinen Ausdruck gefunden hatte[1]). Wenn das preußische und ihm folgend das deutsche Strafgesetzbuch das Erforderniß der Vermögensbeschädigung in die Definition des Diebstahls nicht aufgenommen hat, so liegt kein zwingender Grund vor, das Gesetz dahin zu deuten, daß es dieses Moment vom Thatbestande des Diebstahls habe ausschließen wollen[2]), vielmehr wird es mindestens ebenso zulässig sein anzunehmen, daß es nach dem Vorgange anderer Strafgesetzbücher die Vermögensbeschädigung bei dem Diebstahle als selbstverständlich vorausgesetzt habe[3]). Darüber, daß auf Abstufung der Strafe

---

1) So im Strfgb. von Bayern 1813, Würtbg., Hannover.

2) Das Strfgb. von Lübeck hat die Definition des Diebstahls wörtlich dem preußischen entnommen, und dabei stillschweigend vorausgesetzt, daß der Diebstahl Vermögensbeschädigung erfordere, wie sich daraus ergiebt, daß es die Strafe nach dem Werthe des Gestohlenen und dem Maße der Beschädigung vornimmt.

3) Man ist allseitig darin einverstanden, daß § 242 Verletzung des Eigenthumsrechtes stillschweigend voraussetze, und daß nicht, wie Merkel annimmt, die bloße Absicht rechtswidriger Zueignung genüge. Warum soll es gleichwohl nicht gestattet sein anzunehmen, daß auch Vermögensbeschädigung vorausgesetzt wird. Die Gründe für diese Voraussetzung sind von nicht geringerem Gewicht als die für jene. Offenbar leugnet man ohne jeden zureichenden Grund die Zueignung selbst oder deren Rechtswidrigkeit, wo man

Digitized by Google

in Rücksicht auf den Werth des Gestohlenen und das Maß der Beschädigung nicht etwa verzichtet wurde, weil der Diebstahl eine Beschädigung überhaupt nicht erfordere, lassen die Motive keinen Zweifel. Es kommt aber dies hinzu, daß das Strafgesetzbuch in § 247 den Unterschied des kleinen und des großen Diebstahls, wenn auch die Bestimmung der Grenzlinie dem richterlichen Ermessen überlassen ist, insoweit wieder aufgenommen hat, als es von dem geringen Maße der Vermögensbeschädigung das Erforderniß des Strafantrages abhängig macht. Setzt es in diesem Falle die Vermögensbeschädigung ausdrücklich voraus, so wird man unmöglich den Motiven allen Werth absprechen, sondern annehmen dürfen und müssen, daß die Vermögensbeschädigung in allen Fällen des Diebstahls die stillschweigende Voraussetzung bilde[1]). Endlich aber ist es von entscheidender Bedeutung, daß die Auffassung der Motive im Strafgesetzbuche, wenn auch nicht in § 242, ihre ausdrückliche gesetzliche Anerkennung gefunden hat.

Es ist nach § 370 Nr. 6 wegen einer Uebertretung nicht wegen Diebstahls zu strafen, wer Getreide oder andere zur Fütterung des Viehes bestimmte und geeignete Gegenstände wider Willen des Eigenthümers wegnimmt um dessen Vieh damit zu füttern[2]). Man ist allseitig darüber einverstanden, daß in solchem Falle der Thatbestand des Diebstahls mangelt, und daß er sich damit von der in § 370 Nr. 5 bezeichneten Entwendung unterscheidet, die, dem Thatbestande des Diebstahls durchaus entsprechend, ausnahmsweise nicht als solcher gestraft werden soll. Der Thatbestand des

---

den gegen das Rechtsgefühl verstoßenden Consequenzen entgehen will, die sich daraus ergeben, daß der Diebstahl Beschädigung und Bereicherungsabsicht nicht erfordern soll.

1) In allen Stadien der Berathung des preuß. Strfgb. war man darüber einverstanden, daß die rechtswidrige Zueignung die Absicht die Sache zu gewinnen „stillschweigend" voraussetze, Goltd. Mat. II S. 465, und dies steht mit der Fassung des Gesetzes besser im Einklange, als die Behauptung der Motive zum deutschen Strfgb., daß in der Absicht rechtswidriger Zueignung auch die der unentgeltlichen ausgedrückt liege.

2) Ueber den schon seit dem vorigen Jahrhundert streitigen Fall des s. g. Futterdiebstahls Klien im Arch. III, 4 S. 66. Leonhardt II S. 310. Osenbrüggen Abhdlg. S. 69. Bei der Redaction des preuß. Strfgb. ging man davon aus, daß der s. g. Futterdiebstahl kein Diebstahl sei, ebenso die Praxis, Goltd. Mat. II S. 468. Arch. I S. 91, fand sich aber 1859 veranlaßt dies in der gesetzlichen Bestimmung ausdrücklich auszusprechen, die mit Ausnahme des Schlußsatzes in das deutsche Strfgb. übergegangen ist.

Digitized by Google

Diebstahls wird nach der herrschenden Ansicht als ausgeschlossen betrachtet, weil die rechtswidrige Zueignung mangele[1]). Die Rechtswidrigkeit eines solchen Handelns wider Willen des Eigenthümers ist nicht zweifelhaft, wie aber hier die Zueignung geleugnet werden könnte, während sie zugestanden wird, wenn der Dieb im Auftrage oder zu Gunsten eines Anderen stiehlt und diesem sofort die Sache übergibt, bleibt unverständlich. Nicht weil die rechtswidrige Zueignung mangelt, sondern nur deshalb liegt kein Diebstahl vor, weil das weggenommene Futter wieder in das Vermögen des Eigenthümers verwandt wurde, darum die vom Gesetze beim Diebstahl als erforderlich vorausgesetzte Vermögensbeschädigung mangelt[2]).

Hiernach wird angenommen werden dürfen und müssen, daß das Gesetz zum Diebstahle nicht nur eine Verletzung des formalen Rechtes, sondern auch eine Vermögensbeschädigung fordere, und zwar im Unterschiede von andern strafbaren Vermögensbeschädigungen eine solche, welche durch das Wegnehmen der Sache um sich durch unentgeltliche Zueignung derselben zu bereichern, verübt wird[3]).

---

1) H. Meyer S. 523. Oppenhoff, Schwarze, Rüdorff, Meves zu § 370 Nr. 6. Dagegen Ullmann S. 78, der die rechtswidrige Zueignung zugiebt, und Diebstahl annimmt, weil er für denselben nur Verletzung des formalen Eigenthumsrechtes fordert.

2) Merkel a. a. O. S. 652 giebt zu, daß Mangel der Bereicherungsabsicht der Grund der besondern Strafbestimmung über den Futterdiebstahl sei, und Meves a. a. O. hebt auch die mangelnde Beschädigung hervor, leugnet aber zugleich die Zueignung.

3) Dafür Wächter Deutsches Strfr. S. 414. Dickel a. a. O. S. 55 f. John a. a. O. S. 260 geht davon aus, daß § 242 die Verletzung fremden Vermögens voraussetze, und die angeführten Beispiele ergeben, daß damit nicht nur Verletzung des formalen Rechts, sondern Vermögensbeschädigung, Werthverminderung desselben gemeint ist. Folgerecht wird er darum auch annehmen müssen, daß der Diebstahl die Absicht zum Schaden eines Andern sich zu bereichern erfordert. Das Gleiche gilt von Ruhstrat, wenn er a. a. O. S. 385 davon ausgeht, § 242 fordere eine über die bloß formal rechtswidrige Aneignung hinausgehende, gegen das materielle Recht verstoßende Absicht rechtswidriger Zueignung, womit doch wohl nur Vermögensbeschädigung gemeint sein kann. Wenn mehrfach Verzicht auf jede Legaldefinition des Diebstahls gefordert worden ist, — Berner Kritik des Entwurfs S. 70. Vollert a. a. O. S. 55 — weil der Begriff des Diebstahls nur der Jurisprudenz, nicht dem Volke zweifelhaft sei, so würden Geschworne sicher ganz anders ur-

Digitized by Google

§ 81. Zur Vollendung des Diebstahls ist erforderlich, daß der Thäter die Sache in der Absicht sie sich zuzueignen weggenommen d. h. von ihr Besitz ergriffen und sie damit aus dem Gewahrsam des bisherigen Inhabers in den seinigen gebracht habe[1]). Damit ergiebt sich von selbst, daß eine jede noch vor der Besitzergreifung liegende Thätigkeit des Diebes höchstens als Versuch des Diebstahls zu strafen ist. Ob Besitzergreifung stattgefunden habe ist eine nur im concreten Falle zu beantwortende Frage, bei der es darauf ankommt ob die Sache dem Gewahrsam des Inhabers wirklich entzogen ist[2]). Während das Ergreifen der Sache nicht unter allen Umständen genügen wird um als Besitzergreifung beurtheilt zu werden, fordert diese andrerseits auch nicht eine Sicherung des Gewahrsam in der Weise, daß es dem bisherigen Inhaber factisch unmöglich wäre sich der Sache sofort wieder zu bemächtigen[3]).

Da es dem Diebstahle eigenthümlich ist, daß hier zur Vollendung, nicht wie bei andern Verbrechen, noch ein über die Thätigkeit des Verbrechers hinausreichendes Fortwirken der in Bewegung gesetzten Kräfte erfordert wird, so ist hier mit der beendigten Thätigkeit des Diebes auch der Diebstahl vollendet und eine Unterscheidung des beendeten Versuches und vollendeten Verbrechens nicht möglich. Andrerseits reicht hier die straflose Vorbereitung so nahe an die Vollendung heran, daß für den strafbaren Versuch des einfachen Diebstahls nur ein sehr eng begrenztes Gebiet übrig bleibt. Es erfordert die den Diebstahl vollendende Besitzergreifung an sich keine weitere Vorbereitung als die räumliche Annäherung

---

theilen als diejenigen Juristen, welche Verletzung des formalen Rechtes ohne Vermögensbeschädigung als ausreichend zum Diebstahle betrachten und zugleich den Muth haben keiner der hieraus sich ergebenden Consequenzen sich zu entziehen. Ueber die für die Behandlung des Diebstahls als Bereicherungsdelict sprechenden Gründe vgl. die treffenden Ausführungen Merkels a. a. O. S. 662 f.

1) Ueber den erledigten Streit der Contrectations-, Ablations- und Apprehensionstheorie vgl. Klien a. a. O. I S. 241. Wächter Lehrb. II S. 285 f. Köstlin Abhdlg. S. 246. Man darf nicht, wie Merkel a. a. O. S. 664, sagen die Vollendung fordere nur, daß die Absicht wegzunehmen, nicht die sich zuzueignen, verwirklicht sei, denn das Wegnehmen in der Absicht sich zuzueignen, ist selbst Zueignung.

2) Vgl. oben S. 288.

3) Merkel a. a. O. Oppenhoff § 242 Nr. 39. Schwarze § 242 Nr. 18. Rüdorff § 242 Nr. 12. Olshausen § 242 Nr. 24. 25.

Digitized by Google

des Thäters an die Sache, während doch eben diese Annäherung, selbst wenn sie in einem verdächtigen Eindringen in das befriedete Besitzthum eines Andern bestehen sollte, an sich noch nicht geeignet ist als ein Anfang der Ausführung des Diebstahls, als strafbarer Versuch zu erscheinen. Nur wenn im concreten Falle weitere Umstände hinzukommen, vermöge deren in einer solchen Annäherung sich die Absicht zu stehlen unzweideutig kund giebt, wird sie als strafbarer Versuch betrachtet werden dürfen. Derartige Umstände, obwohl sie auch bei dem einfachen Diebstahle vorkommen können, treten namentlich dann ein, wenn die Annäherung an die Sache eine Ueberwindung von Hindernissen durch Einbrechen, Einsteigen u. s. w. erfordert, so daß hier die der Besitzergreifung vorangehende Thätigkeit eine größere Ausdehnung gewinnt, obwohl selbst eine solche Thätigkeit noch nicht in jedem Falle als Versuch des Diebstahls wird aufgefaßt werden dürfen, denn auch hier ist weiter erforderlich, daß sich aus den die That begleitenden Umständen die Absicht des Thäters ergiebt, sie zum Zwecke des Stehlens zu verüben.

## 2. Die Arten und die Bestrafung des Diebstahls.

§ 82. Der Diebstahl gehört zu denjenigen Delicten, bei denen eine so mannigfache und weitreichende Verschiedenheit in der Verschuldung und Strafbarkeit vorkommen kann, daß, um dem richterlichen Ermessen die erforderlichen Grenzen zu ziehen, eine nähere gesetzliche Unterscheidung verschiedner Arten nothwendig wird. Es ist in dieser Beziehung das deutsche wie das preußische Strafgesetzbuch einem Systeme gefolgt, das, trotz vieler Abweichungen im Einzelnen, im Wesentlichen ganz dem des älteren gemeinen Rechts entspricht. Es hat demnach:

1) die Fälle des s. g. Familiendiebstahls ausgeschieden, bei denen entweder eine Bestrafung überhaupt nicht oder nur auf Antrag des Verletzten stattfinden soll.

2) Entsprechend den als geringeren Freveln gebüßten Fällen des älteren deutschen Rechts, und den durch mildere Strafe ausgezeichneten Fällen der Carolina, hat es eine Anzahl von Entwendungen, bei denen an sich der volle Thatbestand des Diebstahls vorliegt, nicht als Diebstähle im technischen Sinne behandelt.

3) Die Diebstähle im technischen Sinne werden unterschieden in einfache, die in allen Fällen als Vergehen, und in schwere, die



Digitized by Google

in allen Fällen als Verbrechen behandelt sind. Eine bedeutsame Abweichung vom älteren gemeinen Rechte, wie von den meisten deutschen Strafgesetzbüchern findet insofern statt, als ein gesetzlicher Unterschied des Diebstahls nach dem Werthe des Gestohlenen aufgegeben ist.

4) Für den Diebstahl im Rückfalle sind besondere Strafen angeordnet, und zwar so, daß bei dem Rückfalle sowohl der einfache als der schwere Diebstahl als Verbrechen erscheint.

### a) Der privilegirte Diebstahl.

§ 83. Entwendungen und Unterschlagungen, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den andern begangen werden, sollen in Rücksicht auf das unter diesen Personen obwaltende sittliche und Pietätsverhältniß straflos bleiben[1]). Das Gesetz macht also die Strafloſigkeit nicht von dem Mangel irgend eines Momentes im gesetzlichen Thatbestande des Delictes abhängig, bestimmt vielmehr, daß, obwohl Diebstahl oder Unterschlagung und die entsprechende, die Strafbarkeit bedingende, Verschuldung vorliegt, eine Bestrafung nicht stattfinden solle, und zwar deshalb, weil das sittliche Verhältniß der betreffenden Personen nicht dadurch gestört werden soll, daß sie sich in einem Strafverfahren als Beschuldigter und Verletzter gegenüber gestellt werden. Die Bezeichnung „Entwendungen" umfaßt unbedenklich alle Arten des Diebstahls, also auch die Fälle des schweren, wie des nur als Uebertretung strafbaren Diebstahls.

Die Frage wer der Bestohlene sei, welche in den meisten Fällen für das Strafverfahren bedeutungslos ist, bedarf hier der Beantwortung, wo die strafrechtliche Behandlung des Diebstahls von der besondern persönlichen Beziehung des Diebes zum Bestohlenen abhängig gemacht wird. Setzt der Diebstahl sowohl die gegen den Inhaber der Sache gerichtete Eigenmacht als die gegen den Eigenthümer gerichtete Rechtsverletzung voraus, so werden allerdings, wenn Eigenthümer und Inhaber nicht dieselbe Person sind, beide als verletzt bezeichnet werden dürfen. Es kommt aber weiter in Betracht, daß der Thatbestand des Diebstahls nicht bloß Verletzung des formalen Rechtes, sondern wesentlich auch Vermögensbeschä-

1) Strfgb. § 247.

Digitized by Google

digung erfordert, und daraus folgt, daß regelmäßig nur der Eigenthümer, weil er beschädigt wurde, nicht der von ihm verschiedene, nicht beschädigte Inhaber als der Bestohlene zu betrachten ist. Folgerecht wird aber ausnahmsweise neben dem Eigenthümer auch der Inhaber als Bestohlener zu betrachten sein, wofern er in einem ihm an der Sache zustehenden Rechte verletzt wurde, oder wenn er dem Eigenthümer ersatzpflichtig ist[1]).

Die Strafloſigkeit des Diebstahls setzt in diesen Fällen nicht voraus, daß der Thäter sich dessen bewußt gewesen sei den Descendenten oder Ehegatten zu bestehlen, da sie nicht auf der Voraussetzung des Mangels oder sehr geringen Grades der Schuld beruht, sondern nur um des Zweckes willen angeordnet ist[2]) das sittliche Verhältniß der betreffenden Personen nicht dadurch zu gefährden, daß sie sich im Strafverfahren als Dieb und Bestohlener gegenüber gestellt werden. Die Bestrafung des Diebstahls ist also auch dann ausgeschlossen, wenn der Thäter in der irrigen Meinung eine fremde Person zu bestehlen, den Diebstahl gegen den Descendenten oder Ehegatten verübte, während umgekehrt der Diebstahl zu strafen ist, wenn der Thäter in der irrigen Meinung den Descendenten oder Ehegatten zu bestehlen, den Diebstahl gegen eine

---

1) Die Frage wird verschieden und nicht immer in Uebereinstimmung mit der vorausgesetzten Auffassung des Thatbestandes des Diebstahls beantwortet. Als in allen Fällen gegen Eigenthümer und Inhaber gerichtet betrachten den Diebstahl Klebs in Goltd. Arch. XIX S. 572. Rüdorff § 247 Nr. 2 b. § 242 Nr. 9. Preuß. Ob.-Trib. Goltd. Arch. XXV S. 177. Hufnagel II S. 444. Rsprch. I S. 839. III S. 453. Nur als gegen den Eigenthümer gerichtet betrachten den Diebstahl Merkel a. a. O. S. 712. Schwarze § 247 Nr. 1. Goltd. Mat. II S. 511. Arch. VIII S. 417. von Bar in Goltd. Arch. XIX S. 649. Ruhstrat im G.-Saal 1872 S. 144. Herzog ebenda 1874 S. 209. Vgl. Pezold § 247 Nr. 3. 4. Nur als gegen den Inhaber gerichtet betrachten den Diebstahl Schütze S. 446. v. Liszt S. 260. Rubo § 247 Nr. 4. Mit dem im Text angegebenen Grundsatze stimmen überein Oppenhoff § 247 Nr. 10. F. Meyer § 247 Nr. 4. Meves § 247 Nr. 10. Vgl. Pezold § 247 Nr. 3. Zimmerle § 247 Nr. 6.

2) Es ist richtig, wie Schwarze § 247 Nr. 1 anführt, daß bei Diebstahl in der Familie die Schuld darum eine geringere sein wird, weil der Thäter die Sache nicht in dem gleichen Sinne als eine fremde ansehen wird, wie die Sache einer extranea persona, aber die Bestimmung des § 247 findet auch dann Anwendung, wenn der Thäter die Sache irrthümlich als eine solche betrachtet.

Digitized by Google

fremde Person verübte[1]). Im Falle eines derartigen Irrthums kommt freilich in Betracht, daß vermöge der sittlichen Beziehung der Ascendenten zu den Descendenten, der Gatten untereinander, unter diesen Personen, bis zu einem bestimmten Grade, der sich nur im concreten Falle bestimmen läßt, die scharfen Grenzen des Privateigenthums sich verwischen, und daß das Wegnehmen einer Sache aus dem Gewahrsam des Descendenten oder Gatten darum straflos sein kann, weil ein wesentliches Moment im Thatbestande des Diebstahls fehlt, wofern der Thäter voraussetzte, daß die Sache dem Descendenten oder Gatten gehört und er sich bei der Aneignung der Zustimmung des Eigenthümers glaubt versichert halten zu dürfen. In diesem Falle wird also nicht gestraft, weil kein Diebstahl vorliegt, während in § 247 Strafosigkeit angeordnet ist, obwohl ein an sich strafbarer Diebstahl verübt wurde.

Handelt es sich bei der Bestimmung des § 247 nur darum, daß ein wirklicher Diebstahl in Rücksicht auf die besondere persönliche Beziehung des Bestohlenen zum Diebe ausnahmsweise straflos bleiben soll, so ergiebt sich folgerecht, einerseits, daß sie auf andere Personen, welche sich der Theilnahme oder Begünstigung schuldig machen, keine Anwendung findet[2]), andrerseits, daß sie auf den Ascendenten und Gatten aber auch dann angewandt werden muß, wenn er nicht selbst Thäter, sondern nur Theilnehmer oder Begünstiger in Betreff des Diebstahls einer fremden Person war.

Geht das deutsche Strafgesetzbuch über die älteren gemeinrechtlichen Grundsätze in Betreff des s. g. Familiendiebstahls einerseits insofern hinaus, als es in den angegebenen Fällen die Strafosigkeit desselben anordnet, so hat es andrerseits auch den Fällen

---

1) Binding a. a. O. S. 475. Olshausen § 247 Nr. 13. v. Liszt S. 125. F. Meyer § 247 Nr. 6. Rüdorff § 247 Nr. 3. Dagegen Merkel a. a. O. III S. 711. IV S. 416, der das persönliche Verhältniß von Dieb und Bestohlenen richtig als Strafausschließungsgrund bezeichnet, gleichwohl auch die Schuld als ausgeschlossen betrachtet, im Widerspruche zum Gesetze, das wirklichen Diebstahl voraussetzt, nicht aber Strafosigkeit darum anordnet, weil es voraussetzt, daß in solchen Fällen der animus furandi mangele. Wie Merkel auch H. Meyer S. 513. Oppenhoff § 247 Nr. 20. Schwarze § 247 Nr. 18. v. Bar in Goltd. Arch. XIX S. 650. Rubo § 247 Nr. 16.

2) Wie dies, abweichend vom preuß. Strfgb., § 247 ausdrücklich ausspricht, und damit die incorrecte Fassung des Abs. 2, der den Diebstahl und nicht den betreffenden Dieb für straflos erklärt, corrigirt.

Digitized by Google

des Familiendiebstahls die nur auf Antrag verfolgt werden sollen, eine weitere Ausdehnung gegeben[1]). Nur auf Antrag soll verfolgt werden der Diebstahl, der gegen Angehörige im Sinne des § 52, gegen Vormünder oder Erzieher[2]) verübt wurde, und ferner der Diebstahl dessen sich Jemand gegen eine Person schuldig macht zu der er im Lehrlingsverhältnisse steht oder in deren häuslicher Gemeinschaft er sich als Gesinde befindet[3]), jedoch in diesem Falle unter der Voraussetzung, daß Sachen von nur unbedeutendem Werthe gestohlen sind.

Antragsberechtigt ist der Verletzte, d. h. derjenige, der nach den oben angegebenen Normen als der Bestohlene zu betrachten ist. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig. Das Erforderniß des Strafantrages bezieht sich auf alle Arten des Diebstahls. Ob die gestohlene Sache eine solche von nur unbedeutendem Werthe sei, bleibt dem Ermessen des Richters überlassen, und wenn hierbei die Rücksicht entscheidend ist, daß die dem Bestohlenen zugefügte Beschädigung eine nur geringfügige sei, wird es nicht unzulässig sein, wenn der Richter nicht lediglich den Tauschwerth der Sache, sondern im concreten Falle auch die Vermögensverhältnisse des Bestohlenen in Betracht zieht[4]).

§ 84. Wenn das Strafgesetzbuch einige Fälle des Diebstahls aus dem vom Diebstahle handelnden Abschnitte ausgeschieden und an anderer Stelle behandelt hat, so liegt der Grund dafür lediglich in der Rücksicht auf das Strafmaß, nicht aber darin, daß diese Delicte nicht als Diebstähle zu betrachten wären. Mögen sie also immerhin vom Gesetze nicht als Diebstähle bezeichnet werden, so erfordert doch ihre Bestrafung alle zum Thatbestande des Diebstahls gehörenden Momente. Hierher gehören folgende Fälle.

1) Wegen einer Uebertretung soll mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark oder mit Haft bestraft werden, wer unbefugt

---

1) Strfgb. § 247.

2) Schon daraus, daß neben dem Vormunde auch der Erzieher genannt ist, ergiebt sich, daß nach der ratio legis hier der Vormund über großjährige Personen nicht in Betracht kommt. Oppenhoff § 247 Nr. 4. Meves § 247 Nr. 3. Schwarze § 247 Nr. 7. Dagegen Merkel a. a. O. S. 709.

3) Casuistische Fragen über das Lehrlings- und Gesindeverhältniß vgl. Merkel a. a. O. IV S. 414. Meves § 247 Nr. 4—8. Schwarze § 247 Nr. 10—12. Oppenhoff § 247 Nr. 7—8. Olshausen § 247 Nr. 5—7.

4) Merkel a. a. O. IV S. 415. Oppenhoff § 247 Nr. 9. Olshausen § 247 Nr. 2. Dagegen Meves § 247 Nr. 9. Rubo § 247 Nr. 12.

Digitized by Google

von öffentlichen oder Privatwegen Erde, Steine oder Rasen, oder aus Grundstücken, welche einem Andern gehören, Erde, Lehm, Sand, Grand oder Mergel gräbt, Plaggen oder Bülten haut, Rasen, Steine, Mineralien, zu deren Gewinnung es einer Verleihung, einer Konzession oder einer Erlaubniß der Behörde nicht bedarf, oder ähnliche Gegenstände wegnimmt[1]).

2) In gleicher Weise soll gestraft werden, wer Nahrungs- oder Genußmittel von unbedeutendem Werthe oder in geringer Menge zum alsbaldigen Gebrauche entwendet[2]). Der Grund der gesetzlichen Auszeichnung liegt in der Berücksichtigung des Motives der Naschhaftigkeit, Genußsucht, der momentanen Bedürftigkeit aus dem in der Regel dieser s. g. Mundraub entspringen wird. Dazu kommt die Geringfügigkeit der Beschädigung, für welche eine Grenze schon dadurch gezogen ist, daß es sich um ein Quantum von Genußmitteln handelt, welches der Thäter alsbald zu verzehren vermag. Das Gesetz fordert daher zwar nicht, daß das Entwendete sofort am Orte der That verbraucht worden sei, schließt aber die Fälle aus, in denen der Thäter Genußmittel in einem Maße entwendete, das auf einen Vorrath für wiederholten, längere Zeit fortgesetzten Verbrauch oder auf die Versorgung auch anderer Personen, der Familie, des Hausstandes, mit Nahrungsmitteln berechnet war[3]), da in solchen Fällen das vorausgesetzte entschuldbare Motiv durch die sich kundgebende Absicht einen eigentlichen Vermögensvortheil zu erlangen ausgeschlossen erscheint. Ein Quantum von Genußmittel, das der Thäter oder ein Anderer alsbald zu verzehren vermag, wird in der Regel auch von unbedeutendem Werthe sein, sollte aber ausnahmsweise, vermöge der besondern Qualität, der Werth nicht mehr als unbedeutend erscheinen, so soll die geringe Menge des Entwendeten als entscheidend betrachtet werden.

3) Der Carolina[4]) ist das deutsche Strafgesetzbuch darin gefolgt, daß es auf gemeinrechtliche Normen über Bestrafung des

---

1) Strfgb. § 370 Nr. 2.

2) Strfgb. § 370 Nr. 5.

3) Ob das Entwendete von dem Thäter oder einem Andern verbraucht wird, ist indifferent, aber nicht die Absicht ein dem Verbrauch Vieler dienendes Quantum zu entwenden. Ueber casuistische zum Theil streitige Fragen vgl. Meves § 370 Nr. 29—33. Oppenhoff § 370 Nr. 18—20. Schwarze § 370 Nr. 5.

4) Art. 168.

Digitized by Google

Entwendens vom Thäter selbst gefällten Holzes aus fremdem Walde verzichtet, und die landesgesetzlichen Bestimmungen als entscheidend bezeichnet hat[1]). Die Voraussetzung von der hierbei die heutige Gesetzgebung ausgeht ist allerdings eine andere als die der Carolina. Wenn diese das Entwenden des vom Thäter gefällten Holzes von der als Diebstahl zu strafenden Entwendung gehauenen Holzes unterscheidet, so liegt dem die Anschauung des älteren deutschen Rechtes zu Grunde[2]), daß im ersteren Falle eine wesentliche Voraussetzung des Diebstahls, die res possessa, mangele. Der s. g. Holzdiebstahl ist daher in ihrem Sinne nicht ein durch mildere Strafe ausgezeichneter Diebstahl, sondern ein vom Thatbestande des Diebstahls abweichender geringerer Frevel. Hat das ältere gemeine Recht wie die Landesgesetzgebung zwar an dieser Unterscheidung selbst festgehalten, so doch nur in dem Sinne, daß es sich bei dem Holzfrevel nur um einen durch mildere Bestrafung ausgezeichneten Fall des Diebstahls handle[3]). Da aber die Landesgesetze den Thatbestand des s. g. Holzdiebstahls nicht völlig übereinstimmend begrenzen, so kann es geschehen, daß dieselbe That hier nach gemeinem Rechte als Diebstahl, in einem andern Lande particularrechtlich nur als Holzdiebstahl gestraft wird. In gleicher Weise wie mit dem Holzfrevel verhält es sich mit den als Feldfrevel zu strafenden Entwendungen.

4) Als Uebertretung hatte das preußische Strafgesetzbuch mit andern privilegirten Diebstahlsfällen zusammengefaßt die rechtswidrige Zueignung der bei den Uebungen der Artillerie verschossenen Eisenmunition sowie der Bleikugeln aus den Kugelfängen der Schießstände der Truppen, wogegen das deutsche Strafgesetzbuch die gleiche Strafbestimmung mit wesentlich erhöhter Strafe zu den Fällen des strafbaren Eigennutzes gestellt hat[4]). Ein ausreichender Grund für eine derartige Strafbestimmung ist nicht wohl einzusehen, wenn nicht etwa der Gesetzgeber von der ganz unhaltbaren Auffassung ausgegangen sein sollte, daß die verschossene Munition eine herrenlose Sache sei, an welcher der Staat sich ein ausschließliches Occupationsrecht vorbehalte, oder vielleicht von der Voraussetzung,

---

1) Einführ.-G. § 2.

2) Vgl. Hälschner Syst. II S. 398.

3) Köstlin a. a. O. S. 316. Wächter in Weiske R.-Lex. III S. 420. Merkel in Holtzdff. R.-Lex. s. v. Holzfrevel.

4) Strfgb. § 291.

Digitized by Google

daß, obwohl alle zum Thatbestande des Diebstahls erforderlichen Momente vorliegen, doch das Volk eine solche rechtswidrige Zueignung nicht leicht auf gleiche Stufe mit anderen Diebstählen, bei denen das Wegnehmen aus dem Gewahrsam eines Andern augenfälliger ist, stellen, sondern etwa als Unterschlagung gefundener Sachen betrachten werde. Jedenfalls gewährt das Gesetz durchaus keinen Anhalt dafür in Betreff der rechtswidrigen Zueignung der vom Militair verschossenen Munition Fälle zu unterscheiden die nach § 291 als strafbarer Eigennutz, und solche die nach § 242 als Diebstahl zu bestrafen sind[1]).

### b) Der einfache Diebstahl.

§ 85. In Betreff der als Diebstahl zu strafenden Entwendungen unterscheidet das Gesetz den einfachen[2]) und den schweren[3]) Diebstahl. Ein einfacher ist jeder Diebstahl der nicht durch einen der im § 243 bezeichneten erschwerenden Umstände ausgezeichnet ist.

Der einfache Diebstahl wird mit Gefängniß von einem Tage bis zu fünf Jahren bestraft. Wenn die Gefängnißstrafe auf mindestens drei Monate ermessen wird, so kann mit ihr Verlust der Ehrenrechte verbunden werden[4]). Für die Verhängung der Ehrenstrafe ist die Rücksicht auf das Motiv und die Gesinnung des Thäters entscheidend. Entehrend erscheint der Diebstahl nur wo er verübt wird, um sich auf Kosten Anderer zu bereichern, nicht wenn der Dieb, ohne selbst einen Gewinn zu suchen, lediglich im Interesse eines Andern gestohlen hat, nicht wenn die gestohlene Sache ohne allen Tauschwerth, lediglich einen Affectionswerth für den Bestohlenen und den Dieb hat. Das die Ehrenstrafe rechtfertigende Motiv der Gewinnsucht steht in keinem festen Verhältnisse zu anderen das Strafmaß bedingenden Momenten und kann vorliegen wo nur ein sehr geringes Maß der Freiheitsstrafe, und mangeln

---

1) Das preuß. Ob.-Trib., Goltd. Arch. VIII S. 710, nahm Diebstahl an, wenn die Munition aus einem als umschlossener Raum erscheinenden Kugelfange weggenommen wurde, weil hier der Besitz den Truppen nicht verloren gegangen sei. Ebenso Rsprch. II S. 490. F. Meyer § 291 Nr. 2. Dagegen Merkel a. a. O. S. 838. Oppenhoff § 291 Nr. 1. Schwarze § 291 Nr. 3. Rüdorff § 291.

2) § 242. 244.

3) § 243. 244.

4) § 248.

Digitized by Google

wo ein hohes Maß derselben erforderlich erscheint. Es würde aber dem Sinne des Gesetzes widersprechen eine Gefängnißstrafe von drei Monaten nur deshalb zu verhängen, um mit ihr die Ehrenstrafe verbinden zu können, vielmehr wird das Maß der Gefängnißstrafe nur in Rücksicht auf die anderweitigen Schuldmomente festzustellen und die Ehrenstrafe nur dann zu verhängen sein, wenn sie nach dem Maße der Freiheitsstrafe zulässig und vermöge des Motivs der Gewinnsucht gerechtfertigt erscheint. Trotz der verächtlichen Gesinnung aus der die That entsprang, will das Gesetz den Verlust der Ehrenrechte nicht eintreten lassen, wenn im Uebrigen ein nur geringes Maß der Hauptstrafe ausreichend ist.

Ein wesentliches Moment für die Strafzumessung bildet die Bedeutung, insbesondere der Vermögenswerth der gestohlenen Sache. Wenn das deutsche Strafgesetzbuch dem preußischen folgend, auf die von der früheren deutschen Strafgesetzgebung festgehaltenen Abstufung der Strafe nach dem Werthe des Gestohlenen verzichtet hat[1]), so unterliegt es gleichwohl keinem Zweifel, daß es die Bedeutung des Werthes für das Strafmaß keineswegs verkannt hat, aber deren Würdigung lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen wollte[2]). Bei der Schätzung des Werthes wird nicht nur der gemeine Werth der Sache, sondern auch der, die Größe der Beschädigung bestimmende besondere Werth, den sie für den Bestohlenen hatte, in Betracht zu ziehen sein[3]). Von Einfluß auf das Maß der Schuld kann aber der Werth des Bestohlenen nur insofern sein, als der Dieb sich desselben bewußt war[4]).

Durch ein erhöhtes Strafminimum hatte das preußische Strafgesetzbuch bei dem einfachen Diebstahle eine Anzahl von Fällen

---

1) Ueber und gegen die Unterscheidung des kleinen und großen Diebstahls Mittermaier im Arch. 1852 S. 321. Egidy a. a. O. S. 46. R. Temme Betrag des Diebstahls S. 97. Hälschner Syst. II S. 448. Dagegen Köstlin Abhdlg. S. 250. Merkel a. a. O. S. 671. H. Meyer S. 528.

2) Motive z. II Entwf. § 237—243.

3) Merkel a. a. O. S. 670.

4) Daraus folgt nicht, daß wenn das Gestohlene einen höheren Werth hat als der Dieb wußte und erwartete, der Mehrbetrag überhaupt nicht als gestohlen, sondern, sofern er behalten wird, als unterschlagen zu betrachten sei, wie R. Temme a. a. O. S. 71 annimmt. Ebensowenig concurrirt mit dem vollendeten Diebstahle ein versuchter, falls der Dieb weniger stahl als er beabsichtigte.

Digitized by Google

darum ausgezeichnet[1]), weil es sich um den Diebstahl von Sachen handelt, die überhaupt, oder vermöge besonderer Verhältnisse, dem Thäter gegenüber gegen Entwendungen nicht bewahrt werden können, und denen deshalb ein erhöhter strafrechtlicher Schutz gewährt werden sollte. Wenn das deutsche Strafgesetzbuch auf die gesetzliche Auszeichnung dieser Fälle verzichtet hat, so nicht in dem Sinne, daß es dem bei jenen Fällen in Betracht kommenden besonderen Schuldmomente einen Einfluß auf das Strafmaß hätte absprechen wollen[2]).

Der Versuch des einfachen Diebstahls ist strafbar.

### c) Der schwere Diebstahl.

§ 86. Als schweren Diebstahl bezeichnet das Gesetz 1) im Anschlusse an die Bestimmungen des älteren gemeinen Rechts über den Kirchendiebstahl den Diebstahl von Gegenständen, welche dem Gottesdienste gewidmet sind, aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude. Gegenüber dem älteren gemeinen Rechte, welches bei dem Kirchendiebstahle, dem sacrilegium im engeren Sinne, voraussetzt, daß die christliche Weihe, sei es rücksichtlich des gestohlenen Gegenstandes oder des Ortes der That, verletzt sei, hat das deutsche Strafgesetzbuch, dem preußischen folgend, die Bedeutung des Kirchendiebstahls einerseits erweitert, andrerseits beschränkt. Es setzt voraus, daß jedes dem Gottesdienste gewidmete Gebäude, jede ihm gewidmete Sache vermöge dieser Zweckbestimmung mit religiöser Scheu behandelt werden soll, und erblickt daher im Kirchendiebstahle eine frevelhafte Verleugnung religiösen Gefühles, wie Verletzung des Gefühles Anderer. Handelt es sich aber wesentlich um die Achtung, die allen irgend welchem Cultus gewidmeten Räumen und Gegenständen gezollt werden soll, so erscheint für den Thatbestand des Verbrechens die religiöse Ueberzeugung des Diebes gleichgiltig. Beschränkt aber ist der Kirchendiebstahl auf die Entwendung einer dem Gottesdienste gewidmeten Sache aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude. Zum Gottesdienste bestimmt ist jedes ihm dauernd gewidmete Gebäude, gleichviel ob es dem öffentlichen oder privaten Gottesdienste dient, und ihm wird gleichzustellen sein der beschränkte dem Gottesdienste gewidmete

1) Im Anschlusse an die erhöhte Strafe des älteren deutschen Rechts für den Diebstahl an befriedeten Sachen.

2) Motive z. II Entwf. a. a. O.

Digitized by Google

Raum eines zugleich anderen Zwecken dienenden Gebäudes[1]). Als dem Gottesdienste gewidmete Sachen werden zwar nicht bloß die mit einer besondern religiösen Weihe versehenen zu betrachten sein, aber auch nicht alle in dem gottesdienstlichen Gebäude befindlichen, dem Gottesdienste irgendwie dienenden oder bei Gelegenheit desselben benutzten Sachen. Vielmehr wird zwischen den dem Gottesdienste gewidmeten und anderen profanen Sachen, die nicht Gegenstand dieses Verbrechens sind, unterschieden werden müssen, was allerdings nur im concreten Falle in Rücksicht auf die religiösen Einrichtungen der betreffenden Religionsgemeinschaft möglich ist[2]). Hiermit ergiebt sich von selbst, daß der Dieb die gestohlene Sache als eine dem Gottesdienst gewidmete, sowie die gottesdienstliche Bestimmung des Gebäudes gekannt haben muß. Wenn das Gesetz fordert, daß der betreffende Gegenstand aus einem gottesdienstlichen Gebäude gestohlen sei, so ist damit der Diebstahl eines an anderem Orte befindlichen, dem Gottesdienste gewidmeten Gegenstandes ausgeschlossen, wogegen, wenn sich der Gegenstand zur Zeit der That in dem gottesdienstlichen Gebäude fand, hier die Vollendung des Verbrechens nicht, abweichend von der Regel, ein Hinaustragen aus dem Gebäude erfordert[3]).

§ 87. Als schweren Diebstahl bezeichnet das Gesetz 2) denjenigen, bei welchem der Dieb sich den Zugang zu der gegen Entwendung geschützten Sache mittelst Gewalt oder List, durch Einbrechen, Einsteigen[4]) oder mittelst des Gebrauches falscher Schlüssel eröffnete, in Rücksicht auf die sich damit kund gebende Kraft und Hartnäckigkeit des verbrecherischen Willens[5]), wie die gesteigerte Gefährdung der Rechtsordnung.

Der Thatbestand erfordert, daß die Sache aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume gestohlen wurde, sich also in der betreffenden Räumlichkeit befand.

---

1) Merkel a. a. O. S. 674. Oppenhoff § 243 Nr. 8. 9. Olshausen § 243 Nr. 4.

2) Merkel a. a. O. H. Meyer S. 530. Oppenhoff § 243 Nr. 12. Schwarze § 243 Nr. 4. Olshausen § 243 Nr. 3.

3) Oppenhoff § 243 Nr. 11. Rüdorff § 243 Nr. 5. Olshausen § 243 Nr. 4. Dagegen Rubo § 243 Nr. 8. 10.

4) Ueber den gefährlichen Diebstahl im Sinne der Carolina vgl. Schwarze Das Verbrechen des ausgezeichneten Diebstahls S. 5 f. Hälschner System II S. 465.

5) Motive z. II Entwf. a. a. O.

Digitized by Google

Wenn das Gesetz den umschlossenen Raum[1]) einerseits von dem Gebäude, andrerseits von dem im umschlossenen Raume oder Gebäude befindlichen Behältnisse unterscheidet, so ergiebt sich, daß als umschlossener Raum ein Stück der Erdoberfläche zu verstehen ist, welches durch irgend welche Einfriedigung abgesperrt, in ordnungsmäßiger Weise nur durch hierzu bestimmte, verschließbare Oeffnungen zugänglich ist[2]). Ausgeschlossen ist also das an keinen bestimmten Theil der Erdoberfläche geknüpfte Behältniß, und ebenso das eingefriedigte Grundstück, das mit einem offenen, unverschließbaren Zugange versehen ist. Daß der umschlossene Raum zur Zeit des verübten Diebstahls verschlossen gewesen sei, ist nicht erforderlich[3]), und der Diebstahl ist ein schwerer sowohl dann, wenn der Dieb in den umschlossenen Raum einsteigt, weil er durch die offen stehende Thür nicht unbemerkt würde hinein gehen können, oder weil er sie als verschlossen ansah, als auch dann, wenn er durch die geöffnete Thür in den umschlossenen Raum eintritt, und in demselben ein Behältniß erbricht. Es ist ferner nicht erforderlich, daß der umschlossene Raum mit einem Gebäude in Verbindung stehe. Wird in den zum Gebäude gehörigen umschlossenen Raum eingebrochen, aber nicht aus ihm, sondern aus dem von hier aus zugänglichen Gebäude gestohlen, so liegt gleichwohl Diebstahl mittelst Einbruches vor[4]).

Mit dem umschlossenen Raume kommt das Gebäude darin überein, daß es wie dieser ein umschlossener Theil der Erdober-

---

1) Ueber die Bedeutung desselben Bopp im Arch. 1856 S. 128. Häberlin ebenda 1857 S. 285. Schwarze a. a. O. S. 49.

2) Oppenhoff § 243 Nr. 17—22. Rüdorff § 243 Nr. 7a. Olshausen § 243 Nr. 7—10. Rsprch. III S. 138. Als umschlossen wird dagegen nicht, wie das R.-G. Rsprch. II S. 649 annimmt, der zwar eingefriedigte, aber nicht verschließbare Raum betrachtet werden können. Die Verschließbarkeit forderte das preuß. Strfgb. § 221, und das deutsche Strfgb. hat, ohne eine Aenderung zu beabsichtigen, die Definition des umschlossenen Raumes nur als entbehrlich weggelassen. H. Meyer S. 532 rechnet zu den umschlossenen Räumen auch bewegliche, umschlossene Wohnungsräume, wie Schiffe, Wohnungswagen.

3) Merkel a. a. O. III S. 675. IV S. 406. Oppenhoff § 243 Nr. 21. Schwarze § 243 Nr. 8. Goltd. Arch. XXII S. 662. XXIII S. 584. Olshausen § 243 Nr. 8. Dagegen Berner S. 539. Rubo § 243 Nr. 13, die einen verschlossenen Raum fordern.

4) Schwarze § 243 Nr. 10. Merkel a. a. O.

Digitized by Google

fläche ist. Weiter aber ist erforderlich, daß es ein unbewegliches, zu geschütztem Aufenthalte von Menschen oder Thieren, oder zur Aufbewahrung von Sachen dienendes Bauwerk sei[1]). Gebäude in diesem Sinne ist daher nicht das Schiff, das nur in einem besonderen Falle vom Gesetze dem Gebäude gleichgestellt wird, nicht der zur Wohnung von Menschen dienende Wagen. Wenn das Gesetz an anderem Orte von dem Gebäude die Hütte unterscheidet[2]), so handelt es sich nur darum, daß man ein unbedeutendes, aus wenig dauerhaftem Materiale leicht zusammengefügtes Bauwerk gewöhnlich nicht als Gebäude bezeichnen wird, obwohl sich eine feste Grenze zwischen Gebäude und Hütte nicht ziehen läßt. Ob, wo es sich um den schweren Diebstahl handelt, eine Hütte als Gebäude zu betrachten sei, wird sich nur im concreten Falle in Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Bauwerkes beantworten lassen. Das Gleiche gilt von Markt-, Verkaufs- und Schaubuden, die je nach ihrer Beschaffenheit als Gebäude oder umschlossene Räume zu betrachten sein werden oder nicht[3]).

Das Einbrechen besteht in einer Gewaltthätigkeit, mittelst deren der Thäter das Hinderniß überwindet, das der Verschluß der Sache dem beabsichtigten Diebstahl entgegensetzt, gleichviel ob die verschlossene, zum Zugange in das Gebäude, den Raum, das Behältniß ordnungsmäßig bestimmte Oeffnung gewaltsam erbrochen, oder ob eine nicht vorhanden gewesene Oeffnung bewerkstelligt, oder eine vorhandene Oeffnung zum Eindringen erweitert wird, gleichviel ob die Gewalt mittelst eines Instrumentes verübt wurde oder nicht, ob sie eine Substanzbeschädigung, Zerstörung bewirkte oder nicht. Eine feste Grenzlinie würde allerdings zu gewinnen sein, wenn sich behaupten ließe, daß das Einbrechen, worauf das Wort hindeutet, in allen Fällen eine Substanzverletzung erfordere, aber eine Grenzlinie die durchaus nicht geeignet sein würde diejenigen Diebstahls-

---

1) Das Gebäude erfordert Unbeweglichkeit und es darf aus § 243 Nr. 7 nicht das Gegentheil gefolgert werden, wie Rüdorff § 243 Nr. 7, Rubo § 243 Nr. 5 annehmen. Ob die Unbeweglichkeit sich aus der festen Verbindung mit dem Grund und Boden ergiebt, wie Merkel a. a. O. S. 675. F. Meyer § 243 Nr. 5. Olshausen § 243 Nr. 11 fordern, oder aus der Schwere und Beschaffenheit des Gebäudes, das als Ganzes nicht bewegt werden kann, ist gleichgiltig. Oppenhoff § 243 Nr. 13. 14. Schwarze § 243 Nr. 6.

2) Strfgb. § 306. 308.

3) Rsprch. I S. 252.

Digitized by Google

fälle, bei denen das hier in Betracht kommende, sie qualificirende Schuldmoment vorliegt, gegen andere abzugrenzen. Die Beseitigung des Verschlusses kann einerseits, wie das Eindrücken einer Papierscheibe, das Zerreißen eines Schnürchens, Zerschneiden eines Fadens, eine Substanzverletzung zur Folge haben, welche eine ganz minimale Kraftanwendung erfordert, andrerseits, wie bei dem Ausheben eines verschlossenen Hofthores, ohne Substanzverletzung bewirkt werden, und doch ein großes Maß der Kraftäußerung nöthig machen. Bildet die „besondere Geflissentlichkeit und Hartnäckigkeit" mit welcher der Dieb die entgegenstehenden Hindernisse überwindet, das qualificirende Moment des Diebstahls mit Einbruch, so wird schließlich doch der Richter im gegebenen Falle zu ermessen haben, ob die angewendete Gewalt eine derartige Hartnäckigkeit erkennen läßt oder nicht[1]).

Vom Einbrechen unterscheidet das Gesetz das Erbrechen von Behältnissen innerhalb eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes, wonach also das Erbrechen eines außerhalb des Gebäudes oder umschlossenen Raumes befindlichen Behältnisses nicht als qualificirend in Betracht kommt. Das preußische Strafgesetzbuch § 223 unterschied bei seiner Definition des Einbruches den von außen bewirkten Einbruch und den Einbruch im Inneren eines Gebäudes, und rechnete zu letzterem gewaltsame Eröffnung einerseits von Thüren, Wänden, Eingängen, Durchgängen, andrerseits von Schränken, Kisten und andern Behältnissen. Hiernach waren unter Behältnissen offenbar nur bewegliche, zur Aufnahme von Sachen dienende, verschließbare Gegenstände zu verstehen, aber nicht, wie Zimmer, Kammern u. s. w., selbständige, verschließbare Theile eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes. Ganz dieselbe Bedeutung

---

1) Der Einbruch erfordert in allen Fällen eine Beschädigung insofern, als die gewaltsame Beseitigung des Verschlusses stets als eine solche zu erachten ist, auch wenn, wie bei dem Ausheben einer Thür, eine Substanzverletzung nicht stattgefunden hat. Der Versuch das Einbrechen seiner objectiven Beschaffenheit nach in einer für alle Fälle maßgebenden Weise zu definiren, Heinze in Blätter f. Rechtspflege in Thüringen 1855 S. 290 f. Schwarze a. a. S. 80 und § 243 Nr. 13. Olshausen § 243 Nr. 16. 17. Oppenhoff § 243 Nr. 26, wird sich immer vergeblich erweisen, und die reiche Casuistik zeigt zu welch wunderlichen Resultaten es führt, wenn man von der ratio legis absehend, das Maß der Gewaltübung für indifferent erklärt und nur die äußere Beschaffenheit der Thätigkeit als entscheidend ansieht. Vgl. dagegen Rsprch. II S. 371. 590. III S. 466.

Digitized by Google

hat das Behältniß im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches, das es dem Sprachgebrauche nicht entsprechend fand vom Einbruche in Behältnisse zu reden, und darum auf sie das Erbrechen bezog[1]). Das Einbrechen findet darum nicht nur statt, wenn von außen in das Gebäude oder den umschlossenen Raum eingedrungen wird, sondern auch bei dem gewaltsamen Oeffnen abgeschlossener Theile im Inneren des Gebäudes oder umschlossenen Raumes[2]). Ganz dem entsprechend unterscheidet § 243 Nr. 3 das Eröffnen der im Inneren eines Gebäudes befindlichen Thüren und der Behältnisse.

Das Erbrechen beweglicher Behältnisse wird in der Regel ein geringeres Maß von Gewalt erfordern, als das Einbrechen in Gebäude und umschlossene Räume, eine begriffliche Verschiedenheit des Erbrechens und des Einbrechens läßt sich dagegen nicht aufstellen und liegt nicht im Sinne des Gesetzes[3]). Hiermit ergiebt sich von selbst, daß Diebstahl mit Einbruch vorliegt, gleichviel ob der Dieb durch die bewirkte Oeffnung selbst in die betreffende Räumlichkeit eingedrungen ist, oder nur durch die Oeffnung die gestohlene Sache herausgelangt hat.

Das Einsteigen erfordert, daß der Dieb den Zugang zu der gestohlenen Sache gewann, indem er ohne Beschädigung der Abschließung das Hinderniß das sie darbot, durch Steigen überwand. Es wird dieses Steigen als ein Uebersteigen erscheinen, wenn in einen umschlossenen aber nach oben offenstehenden Raum durch Steigen über die Umfassung desselben eingedrungen wird, als ein Einsteigen im engeren Sinne, wenn der Dieb steigend den Zugang

---

1) Vgl. Motive z. II Entwf. a. a. O.

2) Die herrschende Ansicht ist die, daß als Behältnisse ebenso selbständige bewegliche Sachen wie abgesonderte Theile eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes zu verstehen seien, daß darum das Einbrechen ein gewaltsames Eindringen von außen erfordere, jedes gewaltsame Oeffnen im Inneren als Erbrechen zu betrachten sei. Oppenhoff § 243 Nr. 38. Schwarze § 243 Nr. 22. Rüdorff § 243 Nr. 7 d. Rubo § 243 Nr. 18. Goltd. Arch. XXII S. 662. XXVI S. 520. Pezold § 243 Nr. 24. Schütze S. 436. Rsprch. I S. 379. Dagegen Haager im G.-Saal 1878 S. 501. H. Meyer S. 533. Daß unter einem Behältnisse nur eine bewegliche Sache zu verstehen sei, ist praktisch bedeutsam, wenn es sich um die Frage handelt, ob ein außerhalb eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes befindliches Behältniß erbrochen, oder in einen umschlossenen Raum eingebrochen sei.

3) Einen solchen Unterschied behauptet Merkel a. a. O. S. 677. Dagegen Schwarze a. a. O. S. 80. Olshausen § 243 Nr. 23.

Digitized by Google

durch irgend eine vorhandene zum ordnungsmäßigen Eintritt nicht bestimmte Oeffnung gewann[1]). Ob hinauf- oder hinabgestiegen wird, ob dabei irgend welche Hilfsmittel, Leitern, Stricke u. s. w. angewandt wurden oder nicht, ist gleichgiltig. Bei Beantwortung der hier sich ergebenden casuistischen Fragen wird aber immer daran festgehalten werden müssen, daß es sich um einen schweren Diebstahl insofern handelt, als der Dieb in der Art der Begehung eine besondre, entgegenstehende Hindernisse überwindende Kraft des verbrecherischen Willens kund gegeben hat. Kann daher zwar die Bedeutung des Einsteigens nicht von einem bestimmten hohen Maße der zu überwindenden Schwierigkeit abhängig gemacht werden, so wird doch immer ein Steigen in dem Sinne gefordert werden müssen, daß durch dasselbe ein vermöge der Höhe oder Tiefe dem Eintritt entgegenstehendes Hinderniß zu überwinden ist. Insbesondere setzt also das Uebersteigen eine Einfriedigung voraus, welche durch ihre Beschaffenheit und Höhe bestimmt ist, das Eindringen von Menschen abzuwehren, während diejenige, welche zu anderm Zwecke bestimmt, wie ein schmaler Graben, eine niedrige Hecke, von Menschen einfach überschritten werden kann, nicht genügt. Jedenfalls kann nur die Beschaffenheit der Einfriedigung an sich, aber nicht der Umstand entscheiden, daß ihr Zweck erkennbar sei, denn nicht in der Mißachtung des erkennbaren Willens des Eigenthümers liegt der erschwerende Umstand, sondern darin, daß ein diesem Willen in der That entsprechendes Hinderniß steigend überwunden wurde. Ebenso darf bei dem Einsteigen durch eine vorhandene Oeffnung das Gewicht nicht lediglich auf deren ordnungswidrige Benutzung gelegt werden, denn es schwindet damit schließlich das den Diebstahl mit Einsteigen qualificirende Moment völlig, und es wird dann nicht nur das noch mit einiger Schwierigkeit verbundene Kriechen auf ebner Erde, sondern auch das nur etwa unbequeme Eindrängen durch eine Mauerspalte, durch die auseinander gebogenen Flügel eines Thores, der Eintritt in gebückter Stellung durch eine niedrige, etwa nur für Thiere bestimmte Thür als Einsteigen zu betrachten sein[2]).

---

1) Das preuß. Strfgb. § 222 unterschied Einsteigen über Thüren, Mauern, Hecken u. s. w., und durch Fenster, Kellerlöcher u. s. w.

2) Wenn man die unrichtige Ansicht, daß bei dem gefährlichen Diebstahle der Carolina das qualificirende Moment im Bruche des Hausfriedens liege, auch auf das preuß. Strfgb. übertrug, so Beseler S. 423. Goltd.

Digitized by Google

Das Einsteigen erfordert, daß der Dieb vermittelst des Steigens in das Gebäude oder den umschlossenen Raum eingedrungen sei, so daß ein Steigen zum Zwecke des Herab- oder Heraus-langens einer Sache ausgeschlossen ist[1]). Dagegen ist Diebstahl mit Einsteigen auch dann anzunehmen, wenn er im Inneren eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes mittelst Steigens in eine abgeschlossene Räumlichkeit verübt wurde[2]).

Mittelst Einbrechens oder Einsteigens ist der Diebstahl verübt, wofern das Brechen oder Steigen das vom Diebe gewählte Mittel war, um die gegen Entwendung geschützte Sache zu ergreifen. Ausgeschlossen ist also der Diebstahl der bei Gelegenheit oder in Folge eines zu anderem Zwecke unternommenen Brechens oder Steigens verübt wurde, denn wenn zwar auch in solchem Falle das Brechen oder Steigen in causalem Zusammenhange mit dem Diebstahle steht, so wird dieser doch als ein mittelst Einbruches oder Einsteigens verübter immer nur dann bezeichnet werden dürfen, wenn das Brechen und Steigen nach der Vorstellung und dem Willen des Thäters Mittel zum Zwecke der Verübung eben dieses Diebstahles war. War es dies nicht, so ist es gleichgiltig,

---

Mat. II S. 493, so ist davon zwar jetzt nicht mehr die Rede, aber es wird immer noch dem Einsteigen eine jener Ansicht entsprechende zu weite Ausdehnung gegeben, so wenn das Einkriechen dem Steigen gleich gestellt wird, Goltd. Arch. V S. 750. Oppenhoff § 243 Nr. 34. Olshausen § 243 Nr. 19. Rüdorff § 243 Nr. 7 c. Rsprch. I S. 470. Dagegen Haager a. a. O. S. 493 — so ferner wenn als Einsteigen betrachtet wird der Sprung über einen Graben, das Ueberschreiten der verschlossenen unteren, durch die offene obere Hälfte einer Thür, das Hineingehen durch eine niedrige Stallthüre. Oppenhoff § 243 Nr. 34. 35. Vgl. dagegen Schwarze § 243 Nr. 21.

1) Goltd. Mat. II S. 494. Haager a. a. O. S. 492. Schwarze § 243 Nr. 17. Oppenhoff § 243 Nr. 33. Merkel a. a. O. S. 676. Olshausen § 243 Nr. 20. Rüdorff § 243 Nr. 7 c. Rsprch. III S. 302. Dagegen Schütze S. 437.

2) Nach § 222 des preuß. Strfgb. war das Einsteigen von außen in das Gebäude erforderlich, das Steigen im Inneren also ausgeschlossen. Nach § 243 des deutschen Strfgb. ist aber Diebstahl aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume mittelst Einsteigens gewiß auch dann vorhanden, wenn im Inneren in eine umschlossene Räumlichkeit gestiegen wurde, wie dies auch dem inneren Einbruche entspricht. Haager a. a. O. S. 495. Merkel a. a. O. S. 676. Olshausen § 243 Nr. 21. H. Meyer S. 533. Schwarze § 243 Nr. 17. Dagegen Oppenhoff § 243 Nr. 33. Rüdorff § 243 Nr. 7 c. Rsprch. II S. 46.



Digitized by Google

ob es zu einem erlaubten Zwecke, vielleicht im Auftrage des Hausherrn, unternommen wurde, oder ob es an sich ein rechtswidriges, strafbares war, und Diebstahl mittelst Einbruches findet auch dann nicht statt, wenn der Dieb, nach verübtem Diebstahle mit Einbruch, späterhin die von ihm gebrochene Oeffnung zur Verübung eines neuen Diebstahls benutzt[1]). Ausgeschlossen ist ferner der Fall daß nach verübtem einfachen Diebstahle der Dieb bricht oder steigt um den Ausgang aus der betreffenden Räumlichkeit zu gewinnen[2]), obwohl nicht zu verkennen ist, daß ein solches Ausbrechen und Aussteigen, wenn der Dieb es von vornherein als Mittel das Gestohlene fortzubringen in seine Absicht aufnahm, an sich wohl geeignet erscheint als qualificirend betrachtet zu werden.

Der mittelst falscher Schlüssel begangene Diebstahl, dem germanischen Strafrechte nicht unbekannt, ist, da die Carolina ihn nicht erwähnt, erst von der späteren gemeinrechtlichen Doctrin als qualificirter betrachtet worden[3]). Ist zwar das Oeffnen mit falschen Schlüsseln von dem Einbrechen wesentlich verschieden, so ist doch ein mittelst desselben verübter Diebstahl nicht weniger als der mittelst Einbrechens oder Einsteigens begangene ein „geflißner gefährlicher", der wegen der mangelnden Gewalt zwar nicht dem Einbrechen, wohl aber in Rücksicht auf das listige Benehmen mit dem Einsteigen auf einer Stufe steht. Der neueren Gesetzgebung folgend hat das preußische wie deutsche Strafgesetzbuch den mittelst falscher Schlüssel oder anderer Werkzeuge verübten Diebstahl als schweren behandelt. Der Thatbestand dieser Form des Diebstahls erfordert 1) daß zum Zwecke des Stehlens ein Gebäude, oder umschlossener Raum, oder im Inneren befindliche Thüren oder Behältnisse eröffnet worden seien. Die gestohlene Sache muß sich also in einer Räumlichkeit befunden haben die

---

1) Oppenhoff § 243 Nr. 30 erachtet es als zum Diebstahl mit Einbruch genügend, wenn der Dieb den von ihm zu anderm Zwecke verübten Einbruch in Folge neuen Entschlusses zum Diebstahl benutzt, ebenso Merkel a. a. O. S. 678, der fortgesetzten Diebstahl mit Einbruch annimmt, wenn der Dieb nach verübtem Diebstahl mit Einbruch, letzteren zu weiteren Diebstählen benutzt, sollte er auch bei jenem an diesen noch nicht gedacht haben. Dagegen H. Meyer S. 534. Rüdorff § 243 Nr. 7 b. Olshausen § 243 Nr. 25. Rsprch. II S. 102. III S. 327.

2) Oppenhoff § 243 Nr. 37. Merkel a. a. O. S. 678. Olshausen § 243 Nr. 26.

3) Berger elect. jur. crim. p. 35. Henke II S. 436.

Digitized by Google

mittelst eines Schlosses verschlossen war[1]). 2) Das Oeffnen muß mittelst Aufschließens mit falschen Schlüsseln oder andern Werkzeugen erfolgt sein. Falsch ist derjenige Schlüssel, welcher zur ordnungsmäßigen Eröffnung des Schlosses nicht bestimmt ist. Der für das Schloß bestimmte Schlüssel hört aber dadurch nicht auf der rechte zu sein, daß er zufällig, oder auch selbst durch Stehlen, in den Besitz des Diebes kam, so lange das Schloß unverändert und für die Anwendung des Schlüssels geeignet blieb. Ausgeschlossen ist also der Diebstahl, der mit Anwendung des irgendwie in den Besitz des Diebes gelangten rechten Schlüssels begangen wird, weil unter dieser Voraussetzung für den Dieb der Verschluß nicht existirt, und das den Nachschlüssel-Diebstahl qualificirende Moment fehlt[2]). Eben darum wird aber in solchem Falle ferner gefordert werden müssen, daß der Dieb die Bestimmung des Schlüssels für das Schloß das er öffnet, kennt, während wenn er sie nicht kennt und nur zufällig den rechten Schlüssel anwendet, aber mit dem Bewußtsein und Willen einen falschen zu benutzen, die That das hier vorausgesetzte sie qualificirende Moment durchaus an sich trägt.

---

1) Wenn behauptet wird, daß ein Schloß nicht erforderlich sei, weil das deutsche Strfgb. nicht wie das preuß. von „Oeffnen von Schlössern" spricht, also auch ein Riegel genüge, der von außen ordnungsmäßig nur durch ein dazu bestimmtes Werkzeug zu öffnen ist, Schwarze § 243 Nr. 26. Olshausen § 243 Nr. 30, so ist zu erwidern, daß unter Schloß doch wohl jeder, ob einfachere oder complicirtere, Verschluß zu verstehen ist, der ordnungsmäßig nur durch ein besonderes dazu bestimmtes Werkzeug von außen zu öffnen ist. Ist der Riegel so beschaffen, daß er ordnungsmäßig von außen nicht zu öffnen ist, so würde, wenn er gleichwohl mit einem Werkzeuge geöffnet wird, es sich nur fragen können ob Einbruch oder Gebrauch falschen Schlüssels anzunehmen sei.

2) Streitig ist noch immer die Frage, unter welcher Bedingung der rechte Schlüssel zum falschen wird. Vgl. Köstlin Abhdlg. S. 289. Schwarze ausgezeichneter Diebstahl S. 189. Soll der rechte Schlüssel nur der sein, welcher vom Berechtigten der ordnungsmäßigen Oeffnung dauernd gewidmet ist, nicht der welcher dazu gewidmet war, aber, weil verloren, durch einen andern ersetzt wurde, — so Berner S. 540. H. Meyer S. 536. Oppenhoff § 243 Nr. 48—50. Rüdorff § 243 Nr. 8. Schwarze § 243 Nr. 28. Olshausen § 243 Nr. 34. Rsprch. III S. 518. 524 — so würde das qualificirende Moment nur in der Mißachtung des Willens des Berechtigten zu suchen sein, ein Moment das bei jedem Diebstahle vorliegt. Es handelt sich aber um die, in der Ueberwindung des entgegenstehenden Hindernisses sich kundgebende Gefährlichkeit des Diebes, von der nicht die Rede ist,

Digitized by Google

Dem falschen Schlüssel stehen gleich andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge, wofern sie mit dem Schlüssel darin übereinkommen, daß sie den Mechanismus des Schlosses, ohne ihn durch Brechen zu beschädigen, in die zur Oeffnung erforderliche Bewegung bringen. 3) Die Anwendung der falschen Schlüssel oder anderer Werkzeuge muß zum Zwecke der Verübung des Diebstahls stattgefunden haben[1]), so daß die Entwendung einer Sache aus der verschlossenen Räumlichkeit die zu anderm Zwecke mit falschen Schlüsseln oder Werkzeugen geöffnet wurde, ausgeschlossen ist. Ob mit dem falschen Schlüssel die Räumlichkeit geöffnet wurde, in welcher die gestohlene Sache sich befand, oder nur der rechte Schlüssel der den Zugang zur gestohlenen Sache eröffnete, ist gleichgiltig[2]). 4) Das den Nachschlüssel-Diebstahl qualificirende Moment liegt nur vor, wenn der Dieb wissentlich sich zur Verübung der That des falschen Schlüssels bedient, nicht wenn er in der Meinung den rechten Schlüssel anzuwenden irrthümlich einen falschen Schlüssel gebraucht[3]).

§ 88. Vorwiegend das Bedürfniß einen erhöhten strafrechtlichen Schutz zu gewähren und nur in beschränktem Maße die Rücksicht auf die „Geflissentlichkeit und Hartnäckigkeit" des Diebes ist der Grund der gesetzlichen Auszeichnung des Diebstahls an einer zum Reisegepäck oder zu anderen Gegenständen der Beförderung gehörenden Sache. Gegenstand des Diebstahls sind also die zur Beförderung bestimmten Sachen[4]), nicht die Transportmittel selbst und was zu deren Ausrüstung gehört, aber diese Sachen nur dann, wenn der Diebstahl auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze, einer Wasserstraße oder einer Eisenbahn, oder in einem Postgebäude oder dem dazu gehörigen Hofraume, oder auf einem Eisenbahnhofe verübt wurde. Ob sich die Sache bereits auf dem Transporte oder noch am Ausgangspunkte der Beförderung be-

---

wenn er das Schloß wissentlich mit dem rechten Schlüssel aufschließt. Vgl. Merkel a. a. O. S. 679. Rubo § 243 Nr. 26. F. Meyer § 243 Nr. 15.

1) Dagegen Oppenhoff § 243 Nr. 46.

2) Merkel a. a. O. S. 679. Oppenhoff § 243 Nr. 56. Olshausen § 243 Nr. 35.

3) Goltd. Mat. II S. 498. Arch. III S. 37. Oppenhoff § 243 Nr. 54.

4) Merkel a. a. O. S. 680. Oppenhoff § 243 Nr. 65. Rüdorff § 243 Nr. 9. Schwarze § 243 Nr. 31 a. Olshausen § 243 Nr. 38. Ungerechtfertigte Beschränkungen bei Meves im G.-Saal 1874 S. 268.

Digitized by Google

fand, oder bereits am Bestimmungsorte angelangt war, ist gleichgiltig. Der Diebstahl muß endlich begangen sein mittelst Abschneidens oder Ablösens des Befestigungs- oder Verwahrungsmittels, oder durch Anwendung falscher Schlüssel, oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge. Daß hier die Anwendung falscher Schlüssel und anderer ihnen gleichstehender Werkzeuge durchaus in demselben Sinne zu nehmen ist, wie im Falle des § 243 Nr. 3 ist ebensowenig zweifelhaft, wie daß hier die Begehung mittelst Einsteigens ausgeschlossen ist. Was dagegen das Abschneiden oder Ablösen der Befestigungs- und Verwahrungsmittel betrifft, so soll damit augenscheinlich eine dem Erbrechen gleichstehende Gewaltthätigkeit bezeichnet werden und zwar in einer den hier gegebenen Voraussetzungen entsprechenden Weise. In den meisten Fällen wird ein solcher Diebstahl in der Art begangen werden, daß ein Gepäckstück aus seiner zum Zwecke des Transportes hergestellten Verbindung mit dem Transportmittel, dem Wagen, losgelöst wird, um sich sodann des Inhaltes des gestohlenen Behältnisses zu bemächtigen. Wenn aber schon das geringere Maß der Gewaltsamkeit, das Durchschneiden eines Strickes, das ohne irgend welche Beschädigung der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel erfolgende Ablösen derselben, für zureichend erachtet wird, so wird das Gesetz unbedenklich auch dann anwendbar sein, wenn der Inhalt eines nicht losgelösten Gepäckstückes mittelst Erbrechens oder sonstiger gewaltsamer Oeffnung desselben gestohlen wird, und dies umsomehr als ja auch das Oeffnen des nicht vom Transportmittel losgelösten Behältnisses mittelst falschen Schlüssels zum Thatbestande dieser Form des Diebstahls hinreicht. Es wird also jedes gewaltsame Eröffnen eines Gepäckstückes zum Zwecke des Stehlens seines Inhaltes als ein Ablösen der Verwahrungsmittel zu betrachten sein, mag auch dieser Ausdruck, wenn er im strengen Sinne des Wortes genommen wird, ebenso wie das Erbrechen, nicht wohl geeignet sein jede Art der hier möglicherweise angewandten Gewaltthätigkeit zu bezeichnen[1]). Zu berücksichtigen bleibt aber, daß hier nicht wie bei dem

---

1) Während dem A. L.-R. folgend die früheren Entwürfe des preuß. Strfgb. vom Abschneiden, Ablösen, Erbrechen der Gepäckstücke sprachen, ließ der Entwurf von 1850 das Erbrechen fallen. Die Materialen, Goltd. II S. 480, gewähren keinen Anhalt dafür, daß es geschehen sei, weil man die gewaltsame Oeffnung von Gepäckstücken vom Thatbestande habe ausschließen

Digitized by Google

Diebstahle mit Einbrechen lediglich die Gewaltthätigkeit, vielmehr in erster Linie das Bedürfniß eines erhöhten strafrechtlichen Schutzes der Grund der gesetzlichen Auszeichnung ist, darum als „Ablösen" auch eine Thätigkeit anzusehen sein wird, welche ein so untergeordnetes Maß von Kraftanwendung erfordert, daß sie als ein Erbrechen im Sinne von § 243 Nr. 2 nicht betrachtet werden dürfte[1]).

§ 89. Während die Carolina, und ihr folgend die meisten deutschen Strafgesetzbücher, in Betreff des Diebstahls mit Bewaffnung voraussetzt, daß der Dieb „mit Waffen, damit er Jemand der ihm Widerstand thun wollt, verletzen möcht", gestohlen habe, hiernach das qualificirende Moment lediglich in der subjectiven Gefährlichkeit des Diebes erblickt, welcher durch die Bewaffnung seinen Entschluß kundgiebt, eventuell Gewalt gegen Personen zu verüben, ist, dem preußischen folgend, das deutsche Strafgesetzbuch davon wesentlich abgewichen. Es betrachtet den Diebstahl vermöge des Umstandes, daß der Dieb oder ein Theilnehmer am Diebstahle thatsächlich bewaffnet ist, als einen qualificirten. Nicht nur enthält das Gesetz keine Andeutung einer der Carolina entsprechenden Auffassung des bewaffneten Diebstahls, sondern seine Entstehungsgeschichte ergiebt auch, der Fassung entsprechend, daß nicht die subjective Gefährlichkeit des zu eventuellem Gebrauche Waffen führenden Diebes, sondern die objective Gefährlichkeit der That als qualificirend betrachtet wurde, insofern der Dieb durch den Besitz von Waffen leicht zu dem Entschlusse geführt werden

---

wollen, und die herrschende Ansicht geht dahin, daß auch das Erbrechen des Koffers, der Kiste, das Anbohren des Fasses, das Aufschneiden des Sackes nach § 243 Nr. 4 zu beurtheilen sei. Goltd. Arch. III S. 569. IV S. 845. Oppenhoff § 243 Nr. 68. Rüdorff § 243 Nr. 9. Olshausen § 243 Nr. 41. Meves in Strfrztg. XIII S. 424. Rsprch. III S. 697. Dagegen Merkel a. a. O. S. 680. Streitig ist ob auch das ordnungsmäßige Eröffnen eines Gepäckstückes, das Aufbinden eines Sackes, hierher gehört. Dafür spricht, daß auch das ordnungsmäßige Ablösen, Abbinden des Gepäckstückes hierher gehört, Meves, Olshausen a. a. O. Schwarze § 243 Nr. 31 b., dagegen, daß die Eröffnung mit dem rechten Schlüssel ausgeschlossen erscheint, Oppenhoff § 243 Nr. 68. F. Meyer § 243 Nr. 22. G.-Saal 1874 S. 547.

1) Rsprch. IV S. 597 erachtete § 243 Nr. 4 für anwendbar in einem Falle, wo der Dieb die zum Verschlusse der Thür des Behältnisses aufgeklebte Eisenbahn-Gepäckmarke durch Anfeuchtung ablöste.

Digitized by Google

könne sie gegen Personen anzuwenden, und der Waffenbesitz geeignet sei den Entschluß dem Diebe Widerstand zu leisten, zu entkräften[1]). Für den Thatbestand des Diebstahls mit Waffen ergiebt sich hiernach Folgendes. Es wird erfordert, daß bei der Begehung der That der Dieb oder ein dabei gegenwärtiger Theilnehmer am Diebstahle Waffen bei sich führte. Ausgeschlossen ist also der Fall, daß der Dieb bei oder nach Ausführung des Diebstahls eine sich ihm darbietende Waffe, gleichviel zu welchem Zwecke, ergreift, an sich nimmt[2]). Ob der Dieb die Waffe offen oder verborgen bei sich trägt ist gleichgiltig[3]). Die Thatsache, daß der Dieb Waffen bei sich führt kann ein Grund erhöhter Strafbarkeit nur sein, wofern der Dieb sich dieser Thatsache bewußt ist, und unbewaffnete Theilnehmer am Diebstahle sind des Diebstahls mit Bewaffnung nur schuldig, sofern sie wissen, daß einer der Theilnehmer Waffen bei sich führt. Ist der Dieb sich bewußt Waffen zu führen, so wird er dies freilich auch wollen, und insoweit ist das Waffenführen ein vorsätzliches, wogegen es im Sinne des Gesetzes nicht erforderlich ist, daß der Dieb um des zu verübenden Diebstahls willen, in der Absicht bei Verübung desselben von ihnen eventuell Gebrauch zu machen, die Waffen zu sich ge-

---

1) Goltd. Mat. II S. 482. Beseler Comment. S. 424. Alle früheren Entwürfe des preuß. Strfgb. waren bei der gemeinrechtlichen Auffassung stehen geblieben, und erst der Entwurf von 1850 wich davon ab, weil die rheinischen Juristen die Thatsache der Bewaffnung als genügend erachteten, da durch sie das Recht des Eigenthümers sein Eigenthum zu vertheidigen, kraftlos werde. Dagegen John Kritiken S. 91, der das Gesetz ganz im Sinne der Carolina deutet.

2) Nicht nur wenn der Dieb die Waffe ergreift um sie zu stehlen, sondern auch wenn er auf der That ertappt eine zufällig sich darbietende Waffe ergreift um sich zur Wehr zu setzen, ist die Anwendung von § 243 Nr. 5 ausgeschlossen. Dagegen Olshausen § 243 Nr. 45.

3) Dies würde nicht der Fall sein, wenn die Besorgniß, welche die Waffe bei Anderen hervorruft, der allein entscheidende Gesichtspunkt wäre, aber auch die verborgene Waffe kann den Dieb dazu veranlassen sie zu gebrauchen. Merkel S. 682. Darum kann auch nicht mit H. Meyer S. 537 das Bewußtsein des Diebes, daß Andere durch die Waffe geschreckt werden könnten, gefordert werden. Das „Waffenführen" von dem Waffen an sich tragen, mit Waffen versehen sein, wie Merkel, H. Meyer a. a. O. und von Buri in G.-Saal 1878 Beilage S. 29 unterscheiden wollen, ist dem Sinne des Gesetzes durchaus nicht entsprechend. Oppenhoff § 243 Nr. 74. Olshausen § 243 Nr. 46.

Digitized by Google

nommen habe[1]). Es ist nicht einmal erforderlich, daß der Dieb im Augenblicke der That das Waffenführen sich klar vergegenwärtigt, daran denkt. Aus welchem Grunde und zu welchem Zwecke er Waffen führt ist gleichgiltig, denn in allen Fällen bietet die Thatsache des Waffenführens dem Diebe Gelegenheit von der Waffe Gebrauch zu machen und Anderen Grund zu der Besorgniß, daß dies geschehen könnte. Gewiß wird es Fälle geben in denen das Waffenführen ein unverfängliches insofern ist, als unter den gegebenen Umständen kein Grund vorliegt bei dem Diebe die Absicht oder auch nur eine Neigung von der Waffe Gebrauch zu machen vorauszusetzen, darum auch kein Grund aus Besorgniß vor bewaffnetem Angriffe auf jeden Widerstand gegen den Dieb zu verzichten. Unverfänglich ist also das Waffenführen dann, wenn es einen Schluß auf die subjective Gefährlichkeit des Diebes nicht zuläßt, und da im Sinne des Gesetzes nicht diese, sondern unabhängig von ihr die Thatsache des Waffenführens als qualificirend zu betrachten ist, so ist es auch unzulässig auf Fälle eines unverfänglichen Waffenführens § 243 Nr. 5 für unanwendbar zu erklären[2]). Die Folge davon wird freilich die sein, daß Diebstahlsfälle nach § 243 als schwere zu strafen sein werden, bei denen in Wahrheit jeder erschwerende Umstand mangelt.

Als Waffe würde unbedenklich jeder Gegenstand bezeichnet

---

1) Temme Lehrb. S. 932 fordert den „Vorsatz" eventuell von den Waffen Gebrauch zu machen, von Buri a. a. O. S. 30 die genügend kund gegebene Absicht sich der Waffen zu bedienen, Wächter Deutsches Strafr. S. 422 daß der Dieb sich absichtlich bewaffnete, oder die Waffen die er bei sich führt in eine Beziehung auf die That setzte. So sehr solche Forderungen einer rationellen Behandlung des bewaffneten Diebstahls entsprechen, so wenig dem Gesetze. Vgl. Merkel a. a. O. S. 680. Billnow Raub S. 29. Schwarze § 243 Nr. 32. Oppenhoff § 243 Nr. 74. Olshausen § 243 Nr. 46. Goltd. Arch. X S. 140. XXIV S. 466.

2) Wenn das Waffen bei sich führen des Soldaten der pflichtmäßig das Seitengewehr trägt, des Dienstmädchens das den Degen des Herrn zur Reparatur fortbringt, als unverfänglich angeführt wird, Merkel a. a. O. S. 682. H. Meyer S. 537. Schwarze a. a. O., so ist dies an sich ganz richtig, aber durchaus nicht geeignet die Anwendbarkeit des Gesetzes auszuschließen. Die Möglichkeit, daß sich Jemand vor dem Seitengewehr des Soldaten, dem vom Dienstmädchen getragenen Degen fürchtet, daß der Soldat, das Mädchen, wenn ergriffen, von der Waffe Gebrauch machen, ist nie ausgeschlossen, und ist die objective Gefährlichkeit entscheidend, so ist ein Unterscheiden des verfänglichen und unverfänglichen Waffenführens unmöglich.

Digitized by Google

werden können, den Jemand in der Absicht ihn zum gewaltsamen Angriffe auf Menschen zu benutzen bei sich führt und der an sich geeignet erscheint Gesundheit und Leben zu gefährden, auch würde es im concreten Falle unter Voraussetzung jener Absicht nicht schwer sein, festzustellen, ob der betreffende Gegenstand als Waffe zu betrachten sei oder nicht. Da aber das Gesetz von solcher Voraussetzung nicht ausgeht, so wird als Waffe nur ein seiner Bestimmung nach und im technischen Sinne so bezeichnetes Instrument bezeichnet werden dürfen[1]), weil jede vom Gesichtspunkte der objectiven Gefährlichkeit ausgehende weitere Ausdehnung des Begriffes „Waffe" ins Schrankenlose führt.

§ 90. Wenn das Gesetz als schweren Diebstahl denjenigen behandelt[2]) bei dem Mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben, so ist damit, wenn auch dies Wort vom Gesetze nicht gebraucht wird, der von einer Diebsbande verübte Diebstahl bezeichnet. Als qualificirend erscheint hier weder eine besondere Art der Verübung des Diebstahls, noch das Mitwirken Mehrerer, noch eine Vielheit verübter Diebstähle, sondern der die Schuld steigernde Entschluß sich gewohnheits-, berufsmäßig dem Diebstahle zu widmen, und die daraus sich ergebende Gefährlichkeit der Diebsbande[3]). Die an

---

1) Merkel a. a. O. S. 681. v. Liszt S. 262. v Kries in Goltd. Arch. XXV S. 33. 48. Dagegen H. Meyer S. 536. Schütze S. 435. v. Buri a. a. O. Oppenhoff § 243 Nr. 74. Olshausen § 243 Nr. 46. Gegen die unhaltbare Begriffsbestimmung der Waffe bei Villnow Raub und Erpressung S. 25 f. Merkel a. a. O. IV S. 406, der mit Recht darauf hinweist, daß nach Einfügung von § 223 a und § 367 Nr. 10 die Waffe im Gesetze nicht überall die gleiche Bedeutung hat. Wenn er aber jetzt als Waffe im Sinne des § 243 nicht bloß Waffen im technischen Sinne, sondern auch Werkzeuge bezeichnet die unter den gegebenen Umständen sich als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel darstellen und als solche zu schrecken vermögen, so geht jede Möglichkeit eine feste Grenze zu ziehen verloren. Soll nicht die subjective Gefährlichkeit des Diebes, sondern die Möglichkeit, daß der Dieb sich zu einem gewaltsamen Angriffe verleiten läßt und Andere einen solchen befürchten, das qualificirende Moment bilden, so ist eben von diesem Gesichtspunkte aus keine Grenze zu finden, denn schließlich kann auch die Faust zu solchem Angriffe dienen, und die Möglichkeit solchen Angriffes von der Vertheidigung des Eigenthums abhalten.

2) § 243 Nr. 6.

3) Hälschner Syst. I S. 426. II S. 486 und oben Bd. I S. 555. Schütze Theilnahme S. 234. Geyer in Holtzdff. Hdbch. II S. 415.

Digitized by Google

sich nicht strafbare Verbindung kommt strafrechtlich nur als qualificirendes Moment eines verübten Diebstahls in Betracht. Damit ergiebt sich, daß die gesetzliche Bestimmung nur Anwendung findet auf diejenigen Verbündeten, welche in Betreff des zu strafenden Diebstahls als Theilnehmer erscheinen[1]), nicht auf den Verbündeten der bei diesem Diebstahle nicht mitgewirkt hat, nicht auf den Theilnehmer an diesem Diebstahle, der bei der Verbindung nicht betheiligt ist, sollte es ihm auch bekannt gewesen sein, daß die anderen Theilnehmer sich zu einer Diebsbande vereinigt hatten[2]). Die Verbindung der mehreren Mitwirkenden muß die fortgesetzte Begehung von Raub oder Diebstahl zum Zwecke haben. Es genügt daher weder die auf einen, wenn auch etwa fortgesetzten Diebstahl, noch auch die auf eine beschränkte Mehrheit von Diebstählen sich beziehende Verbindung. Handelt es sich um eine Mehrheit von Diebstählen die der Zahl oder wenigstens dem Orte und der Zeit der Verübung nach beschränkt ist, so mangelt das hier vorausgesetzte qualificirende Moment, der Entschluß zu gewerbsmäßiger Verübung von Diebstählen, und auch nach dem herrschenden Sprachgebrauche wird von einer Verbindung zu fortgesetzter Verübung von Diebstahl füglich nur die Rede sein können, wenn es sich um eine dauernde Genossenschaft mit der allgemeinen Zweckbestimmung der Begehung vieler im Einzelnen noch unbestimmter Verbrechen handelt[3]).

---

1) Die „Mitwirkung" hat hier keine von der Theilnahme im technischen Sinne abweichende Bedeutung, und die Art der Theilnahme ist indifferent, so daß auch Anstiftung, intellectuelle Beihilfe als Mitwirkung zu betrachten ist. Merkel a. a. O. S. 683. H. Meyer S. 538. Olshausen § 243 Nr. 48. Dagegen Oppenhoff § 243 Nr. 77. Rüdorff § 243 Nr. 11. Schwarze § 243 Nr. 37, die ohne nähere Begründung das Mitwirken auf Mitthäterschaft und physische Beihilfe beschränken.

2) Die mangelhafte Fassung des Gesetzes würde allerdings auch eine andere Deutung zulassen, wie Temme Lehrb. S. 934. Villnow Raub und Erpressung S. 30 den mitwirkenden Nichtverbündeten des schweren Diebstahls schuldig erachten, wobei freilich nicht einzusehen ist, wie das Bewußtsein bei einem Bandendiebstahl mitzuwirken genügen soll die Schuld zu erhöhen. Dagegen v. Buri a. a. O. S. 40. Oppenhoff a. a. O. Olshausen a. a. O.

3) Das Gesetz spricht von fortgesetzter Begehung von Diebstahl, nicht von Diebstählen, und giebt schon damit zu erkennen, daß es auf eine unbestimmte Vielheit von Diebstählen ankommt. Dem steht nicht entgegen die Beschränkung auf eine bestimmte Art von Diebstählen, z. B. Taschendiebstähle, auf einen bestimmten Ort der Begehung, hier in dieser Stadt, wohl aber die

Digitized by Google

§ 91. Als schwerer Diebstahl ist endlich derjenige ausgezeichnet, welcher zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, in das sich der Thäter in diebischer Absicht eingeschlichen oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, begangen wurde[1]). Als qualificirend erscheint hier einerseits das listige Benehmen des Diebes, durch das er die Wirksamkeit des nächtlichen Verschlusses der Wohnung vereitelt, andrerseits die Gefahr für die persönliche Sicherheit der Hausbewohner.

Der Thatbestand erfordert, daß der Diebstahl in einem bewohnten Gebäude, nicht aus einem solchen, verübt wurde, daß also der Dieb zur Zeit der That sich in dem Gebäude befand. Als bewohnt ist ein Gebäude zu betrachten, daß einem oder mehreren Menschen als Wohnort dient, und dies setzt insbesondere voraus, daß die Bewohner auch über Nacht sich in demselben regelmäßig aufhalten[2]). Bewohnt ist hiernach nicht das Gebäude, das etwa als Geschäftsraum, Werkstätte, nur am Tage zum Aufenthalt von Menschen dient, nicht das nur von einem Unberechtigten zum nächtlichen Aufenthalt benutzte aber nicht seinen Wohnort bildende Gebäude. Das bewohnte Gebäude hört nicht auf ein solches zu sein, wenn es ausnahmsweise auch über Nacht von seinen Bewohnern verlassen ist; wohl aber wird das nur periodisch, etwa nur im Sommer, bewohnte Gebäude als unbewohnt in der Periode zu

---

Beschränkung auf eine Mehrzahl individuell bestimmter Fälle, auch die Beschränkung auf die Diebstähle die zu gewisser Zeit und bei gewisser Gelegenheit, einem Jahrmarkt, einer Schaustellung sich als ausführbar erweisen werden. So der Bedeutung der Bande entsprechend die herrschende Ansicht. Goltd. Arch. VII S. 395. Geyer a. a. O. H. Meyer S. 538. Schütze S. 150. Olshausen § 243 Nr. 47. Merkel a. a. O. Schwarze § 243 Nr. 38. Dagegen Rubo § 243 Nr. 41, der das auf mehrere bestimmte Fälle sich beziehende Komplott für ausreichend erachtet. Vielfach wird eine Beschränkung nach Zeit und Gelegenheit der Begehung für zulässig angesehen, Villnow a. a. O. S. 29. v. Buri a. a. O. S. 39. Oppenhoff § 243 Nr. 78. Rüdorff § 243 Nr. 11, dann aber könnte nicht der Entschluß zu gewerbsmäßigem Stehlen, sondern nur die in der Verbindung der Mehreren liegende höhere Gefährdung des Eigenthums als qualificirend erscheinen, und dies würde von jedem Diebskomplotte gelten müssen.

1) § 243 Nr. 7.

2) Merkel a. a. O. S. 683. Oppenhoff § 243 Nr. 83. F. Meyer § 243 Nr. 34. Wohnort ist selbstverständlich nicht das leerstehende Gebäude, das ein Vagabund zum nächtlichen Aufenthaltsorte genommen hat. Schwarze § 243 Nr. 42. v. Buri a. a. O. S. 42. Olshausen § 243 Nr. 51.

Digitized by Google

betrachten sein, in welcher die Bewohner ihren Wohnort an anderm Orte genommen haben. Dem bewohnten Gebäude sind nach der gesetzlichen Bestimmung der zu einem bewohnten Gebäude gehörige umschlossene Raum und die in ihm befindlichen Gebäude jeder Art, so wie bewohnte Schiffe gleich zu achten. Daß zur Zeit der That in dem Gebäude dessen Bewohner nicht anwesend waren, schließt den Thatbestand des schweren Diebstahls selbst dann nicht aus, wenn der Dieb die Abwesenheit der Bewohner kannte.

Der Diebstahl muß zur Nachtzeit verübt sein. Als Nachtzeit kann hier nur die ortsübliche Zeit der Nachtruhe, des Schlafens betrachtet werden, denn nur unter solcher Voraussetzung kann von der hier als qualificirend erscheinenden Gefährdung der Hausbewohner die Rede sein[1]), und eine Bezugnahme auf die §§ 293 296, 322, nach denen als Nachtzeit ohne Zweifel die Zeit vom Untergange bis zum Aufgange der Sonne zu betrachten ist, erscheint darum unzulässig, weil bei diesen letzteren Delicten die Verübung in der Dunkelheit von entscheidender Bedeutung ist.

In Betreff der Art der Ausführung des Diebstahls wird erfordert, daß sich der Thäter in diebischer Absicht entweder in das Gebäude eingeschlichen oder in demselben verborgen hatte. Das Einschleichen erfordert, daß der Dieb zwar auf ordnungsmäßigem Wege, aber heimlich, der Beobachtung sich entziehend, ohne Wissen der Hausbewohner sich in das Gebäude begab[2]) und zwar in der Absicht in demselben zu stehlen. Zu welcher Zeit das Einschleichen stattgefunden hat ist gleichgiltig, wenn auch der Natur der Sache nach es zu einer Zeit stattgefunden haben muß, zu welcher das Gebäude ohne Einbruch, Einsteigen, falsche Schlüssel, auf ordnungsmäßigem Wege zugänglich war. In der Regel wird also das Einschleichen längere Zeit vor verübter That, weil vor dem nächtlichen

---

1) So die herrschende Ansicht, Schwarze § 243 Nr. 41. H. Meyer S. 535. Berner S. 542. Schütze S. 437. Oppenhoff § 243 Nr. 80. Rüdorff § 243 Nr. 12. Dagegen Merkel a. a. O. S. 684. v. Buri a. a. O. S. 42. Olshausen § 243 Nr. 52. Rsprch. II S. 667, das auf die §§ 293, 296 und 322 Bezug nimmt, und wie Merkel davon ausgeht, daß das Gesetz keine Veranlassung biete von dem Wortsinne abzuweichen. Es ist aber nicht einzusehen, warum die durchaus verschiedene ratio legis bei § 243 Nr. 7 und § 322 keinen Anlaß und Anhaltspunkt dafür bieten soll, das Wort „Nachtzeit" verschieden zu deuten.

2) Merkel a. a. O. S. 684. H. Meyer S. 535. Schwarze § 243 Nr. 39. Oppenhoff § 243 Nr. 87. Haager im G.-Saal 1877 S. 368.

Digitized by Google

Verschlusse des Gebäudes stattgefunden haben, aber es ist dies kein Erforderniß des Thatbestandes, der auch dann vorliegt, wenn der Dieb zur Nachtzeit in das zufällig unverschlossene Haus einschleicht und sofort stiehlt[1]). Mit dem Einschleichen wird demnach in den meisten Fällen ein kürzere oder längere Zeit dauerndes Sich-Verbergen innerhalb des Gebäudes bis zur Entfernung aus demselben nach vollführter That in Verbindung stehen, von dem aber das im Gesetze neben dem Einschleichen hervorgehobene Sich-Verbergen in diebischer Absicht zu unterscheiden ist. Bei diesem wird vorausgesetzt, daß der Thäter offen, in erlaubter Weise und mit Wissen der Hausbewohner in das Gebäude eintrat, später aber, statt sich aus demselben zu entfernen, ohne Wissen der Hausbewohner im Hause in einem Verstecke zurückblieb und die Nachtzeit zur Verübung des Diebstahls abwartete.

§ 92. Der Versuch des schweren Diebstahls erfordert wie der des einfachen eine in der Absicht zu stehlen verübte und eben diese Absicht kenntlich machende Thätigkeit, weiter aber auch, daß mit dieser Thätigkeit das qualificirende Moment in Verbindung tritt, vermöge dessen der Versuch zu stehlen, als der eines schweren Diebstahls erscheint. Unter welchen Voraussetzungen ein Diebstahls-Versuch als Versuch des Kirchendiebstahls oder Bandendiebstahls zu betrachten sein wird, ergiebt sich von selbst. In anderen Fällen des schweren Diebstahls wird zu dessen Thatbestand eine eigenthümliche das Stehlen vorbereitende Thätigkeit, das Einbrechen, Einsteigen, Anwenden falscher Schlüssel, Abschneiden oder Ablösen der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel, das Einschleichen oder Verbergen im Gebäude erfordert, und ohne Zweifel wird eben diese Thätigkeit, selbst dann wenn sie unvollendet blieb, geeignet sein als Versuch des schweren Diebstahls betrachtet zu werden, wofern sie nur im concreten Falle zugleich als eine solche erscheint in der sich die Absicht zu stehlen kundgiebt[2]). Der Diebstahl mit Bewaff-

---

1) Merkel, H. Meyer a. a. O., Berner S. 542. Meves in Strfrsztg. XIII S. 425. Oppenhoff § 243 Nr. 90. Rüdorff § 243 Nr. 12. Olshausen § 243 Nr. 57. Haager a. a. O. S. 369. Rsprch. II S. 198. III S. 279. Dagegen Schwarze § 243 Nr. 40. Schütze S. 437.

2) Gewiß liegt, wie Merkel a. a. O. S. 685 bemerkt, nicht mehr nur Vorbereitung, sondern Anfang der Ausführung vor, wenn die Thätigkeit des Verbrechers bereits ein Moment im gesetzlichen Thatbestande des betreffenden Verbrechens ergiebt, aber Einbrechen, Einsteigen u. s. w., das auch in der

Digitized by Google

nung erfordert im Sinne des Gesetzes nicht die Thätigkeit des Sichbewaffnens zum Zwecke des zu verübenden Diebstahls, aber der Versuch eines Diebstahls der von einem Bewaffneten, wissend daß er bewaffnet ist, verübt wird, ist unbedenklich als Versuch eines schweren Diebstahls zu betrachten, denn die Thatsache, daß der Thäter Waffen bei sich führt, hat rücksichtlich der Gefahr eines möglichen Gebrauchs derselben, wie rücksichtlich der Besorgniß die sie bei Anderen zu erregen geeignet ist, die gleiche Bedeutung ob es sich um vollendeten oder versuchten Diebstahl handelt[1]).

§ 93. Die ordentliche Strafe des schweren Diebstahls ist Zuchthaus bis zu zehn Jahren. Neben der Zuchthausstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so ist die Strafe Gefängniß nicht unter drei Monaten. Mit der Gefängnißstrafe kann Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verbunden werden[2]).

### d) Der Diebstahl im Rückfalle.

§ 94. Gleich dem preußischen Strafgesetzbuche zeichnet das deutsche durch erhöhte Strafe den Diebstahl in wiederholtem Rückfalle aus, während es, abweichend vom preußischen, den Rückfall als allgemeinen Schärfungsgrund nicht kennt, der erste Rückfall also keine gesetzliche Strafschärfung nach sich zieht, immerhin aber bei der Strafzumessung in Betracht zu ziehen sein wird.

Die Voraussetzungen der Rückfallsstrafe[3]) sind 1) ein nach § 242 oder § 243 zu strafender Diebstahl, so daß die Rückfalls-

---

Absicht zu morden, Brand zu stiften verübt werden kann, sind nicht an sich, sondern nur dann als Versuch des schweren Diebstahls zu betrachten, wenn weitere Umstände hinzu kommen, vermöge deren die Absicht zu stehlen sich zu erkennen giebt. Darum kann die Frage ob Einbruch Versuch des schweren Diebstahls sei, nicht unbedingt bejaht werden. Vgl. Oppenhoff § 243 Nr. 6. Schütze S. 434. Olshausen § 243 Nr. 61. Dagegen Rubo § 243 Nr. 3, der das Einbrechen u. s. w. in allen Fällen nur als Vorbereitung betrachtet.

1) Dagegen Merkel a. a. O. S. 685 und Olshausen a. a. O., weil das Waffenführen vor der Wegnahme der Sache kein Bestandtheil des bewaffneten Diebstahls sei, obwohl nicht einzusehen ist, warum, wenn der Bewaffnete eines Diebstahlsversuches sich schuldig macht, das Waffenführen kein Bestandtheil des Versuchs eines schweren Diebstahls sein soll.

2) Strfgb. § 243. 248.

3) Strfgb. § 244.

Digitized by Google

strafe bei Entwendungen die nach anderen gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere nach § 291, § 370 Nr. 2 und 5, zu strafen sind, keine Anwendung findet. Trotz der Worte des Gesetzes: „wenn er einen Diebstahl begeht", wird nicht vorausgesetzt, daß der Rückfällige als Thäter und wegen vollendeten Diebstahls zu strafen sei, denn die Strafbestimmung des § 244 bezieht sich wie alle diejenigen die nur die Strafe des Thäters und des vollendeten Delictes feststellen, zugleich auch auf die Bestrafung des Anstifters, des Gehilfen und des Versuches[1]).

2) Eine frühere Bestrafung wegen Diebstahls, Raubes, räuberischer Erpressung nach § 255, oder Hehlerei und eine dieser nachfolgende abermalige Bestrafung wegen eines dieser Delicte. Auch in Betreff dieser Vorbestrafungen ist es gleichgiltig, ob sie wegen vollendeten oder versuchten Delicts, wegen Thäterschaft oder Theilnahme erfolgte[2]). Es genügt, wenn die früher verwirkten Strafen nur theilweise verbüßt wurden, und der Bestrafung steht der gänzliche oder theilweise Erlaß der Strafe gleich[3]).

Hat der Richter in jedem Falle die Voraussetzungen der Rückfälligkeit zu prüfen, so doch die rechtskräftigen Urtheile, auf Grund deren die Vorbestrafungen erfolgt sind, nur in soweit, als es darauf ankommt festzustellen, ob die Verurtheilung wegen eines der in § 244 bezeichneten Delicte erfolgt sei. Streitig ist die Frage wie weit das Recht und die Pflicht des Richters zu solcher Prüfung reicht, falls die Vorbestrafung unter der Herrschaft eines andern Gesetzes erfolgte. Fand die Vorbestrafung wegen eines Delictes statt, dessen gesetzlicher Thatbestand dem eines in § 244 bezeichneten entspricht, so kann der Umstand, daß das ältere Gesetz ihm eine andere technische Bezeichnung beilegte als das deutsche Strafgesetzbuch kein Grund sein die Rückfallsstrafe als ausgeschlossen zu betrachten[4]). Folgerecht kann aber auch der Umstand, daß die Vorbestrafung wegen eines Delictes erfolgte, das zwar der früheren

---

1) Merkel a. a. O. S. 687. Schwarze § 244 Nr. 8. Oppenhoff § 244 Nr. 16. Goltd. Arch. XXI S. 121. Rsprch. I S. 715. II S. 275. Dagegen Stemann im G.-Saal 1871 S. 412. Wächter Deutsches Strfr. S. 435 in Betreff der Beihilfe.

2) Merkel a. a. O. Schwarze a. a. O. Oppenhoff § 244 Nr. 11. Olshausen § 244 Nr. 9. Rüdorff § 244 Nr. 6. Rsprch. IV S. 40. Dagegen Stemann und Wächter a. a. O.

3) Strfgb. § 245.

4) Oppenhoff § 244 Nr. 5. Olshausen § 244 Nr. 10.

Digitized by Google

gesetzlichen Bezeichnung nach zu den in § 244 genannten gehört, in seinem Thatbestande aber keinem derselben entspricht, nicht ausreichen um die Voraussetzungen der Rückfallsstrafe als gegeben zu betrachten. So wenig der Richter berufen ist die Richtigkeit der thatsächlichen Feststellungen des Vorerkenntnisses zu prüfen, so wird er doch zu untersuchen haben ob dieselben den Thatbestand eines der in § 244 bezeichneten Delicte im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches ergeben, und nur insoweit dies der Fall ist, wird er die Voraussetzung der Rückfallsstrafe als gegeben betrachten dürfen[1]).

3) Die Vorbestrafung muß im Inlande erfolgt sein, d. h. es muß die Bestrafung auf Grund eines im Inlande oder doch von einer inländischen Behörde ergangenen Urtheils und auch die Verbüßung der Strafe im Inlande stattgefunden haben[2]). Wurde das jetzt zu strafende Delict an einem Orte verübt an dem zur Zeit der Begehung das deutsche Strafgesetzbuch noch nicht galt, so wird nach § 2 die Frage zu beantworten sein, welches Gesetz, ob das ältere Landes- oder das jetzige Reichsstrafrecht, unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Momente, insbesondere auch der Rückfallsstrafbestimmungen, zu dem für den Angeklagten günstigeren Ergebnisse führt und als das mildere zur Anwendung zu bringen ist[3]). Wurde das jetzt zu strafende Delict unter der Herrschaft des deutschen Strafgesetzbuches verübt aber zu einer Zeit, wo das von diesem als Inland bezeichnete Gebiet noch enger begrenzt war als jetzt, so würde, wenn die Vorbestrafungen nach der damaligen Bedeutung des Wortes „Inland" als im Auslande erfolgt zu betrachten wären, § 244 unanwendbar sein, weil er vermöge der größeren Ausdehnung des Begriffes Inland in seiner jetzigen Bedeutung und in Betreff der Rückfallsstrafe, seiner früheren Bedeutung gegenüber das härtere Gesetz ist[4]). Wurde das

1) Stemann im G.-Saal 1871 S. 422. Merkel a. a. O. III S. 688. IV S. 411. H. Meyer S. 378. Rubo § 244 Nr. 3. Rüdorff § 244 Nr. 5. Dagegen Olshausen Vorbestrafung S. 110. Oppenhoff § 244 Nr. 5. Schwarze § 244 Nr. 4. 5. Schütze S. 439. Meves Strfrztg. XII S. 121.

2) Olshausen a. a. O S. 95. Rüdorff § 244 Nr. 2. 4. Merkel a. a. O. IV S. 411. Oppenhoff § 244 Nr. 4.

3) Olshausen a. a. O. S. 99. Merkel a. a. O. IV S. 410.

4) Olshausen und Merkel a. a. O. Das Strafgesetzbuch gebraucht das Wort Inland im Sinne der norddeutschen Bundes- bezw. deutschen Reichs-

Digitized by Google

jetzt zu strafende Delict unter der Herrschaft des deutschen Strafgesetzbuches und zwar zu einer Zeit verübt, wo das Inland seiner heutigen Begrenzung bereits entsprach, so muß auch in Betreff der Vorbestrafungen das Wort Inland in seiner heutigen Bedeutung aufgefaßt und die Vorbestrafung als im Inlande erfolgt betrachtet werden, sollte sie auch in einem Gebiete stattgefunden haben, das damals noch nicht zum Gebiete des norddeutschen Bundes, beziehungsweise des deutschen Reiches gehörte[1]).

4) Es dürfen seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Vorstrafe bis zur Begehung des jetzt zu strafenden Diebstahls nicht bereits zehn Jahren verflossen sein[2]), indem das Gesetz davon ausgeht, daß, wenn ein so langer Zeitraum seit der letzten Vorbestrafung verflossen ist, die Wiederholung kein genügender Beweis für eine die Rückfallsstrafe rechtfertigende „eingewurzelte Neigung zu Eingriffen in fremdes Eigenthum" sei. Hieraus würde, wenn überhaupt als solcher Beweis nur der wiederholte Rückfall betrachtet werden soll, allerdings zu folgern sein, daß ein solcher auch dann nicht vorliege, wenn zwischen der ersten und der zweiten Vorbestrafung ein mehr als zehnjähriger Zeitraum liegt[3]), während nach der Fassung des Gesetzes ohne Zweifel der zwischen den Vorbestrafungen liegende Zeitraum indifferent ist.

Die Strafe des Diebstahls im Rückfalle ist bei dem einfachen Diebstahle Zuchthaus bis zu zehn Jahren, bei dem schweren Zucht-

---

verfassung und es ist durchaus unzulässig Inland im strafrechtlichen und im staatsrechtlichen Sinne unterscheiden zu wollen, wie Oppenhoff § 8 Nr. 6. Rubo § 1 Nr. 5. Rüdorff § 244 Nr. 2. Schwarze § 244 Nr. 3. Harburger in Jahrbuch v. Holtzdff. u. Brentano II S. 251 f. Olshausen a. a. O. thun. Dagegen Fuchs in Strfrsztg. XII S. 431. Merkel a. a. O., wonach also auch im strafrechtlichen Sinne die süddeutschen Staaten seit dem 1. Januar 1871 (Elsaß-Lothringen seit 14. Juni 1871) zum Inlande gehören, — vgl. Laband Staatsr. d. deutschen R. I S. 47 — nicht erst seit dem Tage der Gesetzeskraft der R.-Verf. wie Ortloff in Stenglein Ztschrft. N. F. I S. 9 annimmt.

1) Merkel a. a. O. III S. 688. IV S. 410. Schütze S. 438. Oppenhoff § 244 Nr. 1. Schwarze § 244 Nr. 3. Rüdorff § 244 Nr. 2. Olshausen a. a. O. S. 104 f. Dagegen Stemann a. a. O. S. 413. H. Meyer S. 379. Rubo § 244 Nr. 4.

2) Strfgb. § 245. Ortloff im G.-Saal 1873 S. 59 f.

3) So das von Ortloff a. a. O. mitgetheilte Urtheil von Jena und F. Meyer § 245 Nr. 2. Kirchmann § 245. Dagegen die in Praxis und Doctrin herrschende Ansicht. Rsprch. I S. 833.



Digitized by Google

haus nicht unter zwei Jahren, im Falle aber mildernde Umstände vorhanden sind, bei dem einfachen Diebstahle Gefängniß nicht unter drei Monaten, bei dem schweren Gefängniß nicht unter einem Jahre.

## Anhang.

### Furtum possessionis und furtum usus. Strafbare Verletzung eines ausschließlichen Occupationsrechtes.

§ 95. Indem das Strafgesetzbuch sich der deutschrechtlichen Auffassung des Diebstahls als eines gegen das Eigenthumsrecht gerichteten Delictes anschloß, war damit das furtum possessionis und usus vom Diebstahle ausgeschlossen. Das Strafgesetzbuch hat aber das furtum possessionis als eigenthümliches Delict zu den Fällen des strafbaren Eigennutzes gestellt[1]).

Der Thatbestand des Vergehens erfordert, daß der Gegenstand desselben entweder die eigene bewegliche Sache des Thäters sei, oder, wenn eine fremde, daß die That zu Gunsten des Eigenthümers begangen sei. Die Handlung besteht in dem Wegnehmen der Sache aus dem Gewahrsam eines Andern, und zwar aus dem des Nutznießers, Pfandgläubigers oder desjenigen dem ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht an der Sache zusteht. Rücksichtlich der Willensbestimmung wird erfordert, daß die Sache in rechtswidriger Absicht weggenommen sei. Dazu genügt nicht das Bewußtsein, daß das Wegnehmen rechtswidrig sei, vielmehr wird die auf den Erfolg des Wegnehmens bezogene rechtswidrige Absicht, den Berechtigten in der Ausübung seines Rechtes zu behindern, erfordert[2]). Das Wegnehmen der Sache in der, wenn auch vielleicht irrthümlichen, Ueberzeugung, daß dem Inhaber keines der vom Gesetze bezeichneten Rechte an der Sache zustehe, würde nur als rechtswidrige Selbsthilfe in Betracht kommen. Die Absicht sich selbst oder dem Eigenthümer einen Vermögensvortheil zu verschaffen, oder dem Berechtigten, neben der Verletzung seines formalen Rechtes, eine Vermögensbeschädigung zuzufügen, ist ebensowenig erforderlich, als das Motiv der Gewinnsucht[3]). Erschwerende

1) Strfgb. § 289.
2) Merkel a. a. O. S. 836. Oppenhoff § 289 Nr. 9.
3) Oppenhoff a. a. O. Rüdorff § 289 Nr. 3. Rsprch. II S. 131.

Digitized by Google

Umstände unter denen das Wegnehmen stattgefunden hat, kommen nur bei der Strafzumessung in Betracht. Der Versuch ist strafbar.

Die Strafe ist Gefängniß bis zu drei Jahren, womit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verbunden werden kann, oder Geldstrafe bis zu neunhundert Mark. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die That bleibt ebenso wie Diebstahl und Unterschlagung straflos, wenn sie von Ascendenten gegen Descendenten oder von einem Ehegatten gegen den andern verübt wurde.

§ 96. Zum furtum usus gehört der Fall der rechtswidrigen Anmaßung des Gebrauchs einer fremden Sache, an welcher der Thäter vorher den Gewahrsam in nicht rechtswidriger Weise erlangt hatte, sowie der Fall des Wegnehmens der fremden Sache aus dem Gewahrsam eines Andern in der Absicht einen bestimmten Gebrauch von ihr zu machen, und sie sodann zurückzugeben. Bestände im ersteren Fall der Gebrauch in einem Verbrauchen, so würde die That als Unterschlagung zu strafen sein, und im letzteren Falle als Diebstahl, wenn eine fungible Sache in der Absicht späterhin Ersatz zu leisten, weggenommen wurde. Hiervon abgesehen betrachtet aber das Strafgesetzbuch das furtum usus als solches nicht für strafbar.

Von dem Gesichtspunkte aus, daß es sich nicht nur um ein furtum usus, sondern zugleich um den Mißbrauch des öffentlichen Vertrauens handle[1]), droht das Gesetz[2]) Gefängnißstrafe bis zu einem Jahre, neben der auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden kann, dem öffentlichen Pfandverleiher, der die von ihm in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt, wider den Willen des Verpfänders, in Gebrauch nimmt. Als öffentlicher Pfandverleiher erscheint Jeder, der das Leihen auf Pfand offenkundig als Gewerbe betreibt, sollte er auch von diesem Gewerbebetriebe der Behörde die erforderliche Anzeige nicht gemacht haben.

§ 97. Dem Diebstahle nahe verwandt, und früherhin regelmäßig als Diebstahl behandelt[3]), ist die rechtswidrige Aneignung einer herrenlosen Sache in Betreff deren einem Andern die ausschließliche Berechtigung sie durch Occupation zu erwerben, zusteht. Gemeinrechtliche Strafbestimmungen hat in dieser Beziehung das

1) Motive z. II Entwf. § 286.
2) Strfgb. § 291.
3) Hälschner Syst. II S. 492.

Digitized by Google

Strafgesetzbuch in dem Abschnitte „Strafbarer Eigennutz" aufgestellt 1) für das unberechtigte Jagen.

Die Voraussetzung des Vergehens und das Object des strafbaren Angriffes ist das Jagdrecht, d. h. das nach Landesgesetzen bestimmten Personen innerhalb bestimmter territorialer Grenzen ausschließlich zustehende Occupationsrecht in Betreff derjenigen wilden Thiere, welche das Gesetz als jagdbare, diesem Occupationsrechte vorbehaltene, bezeichnet hat. Als strafbar betrachtet das Gesetz jedoch nicht lediglich die rechtswidrige Aneignung jagdbarer Thiere, sondern die Ausübung der Jagd Seitens des hierzu an dem betreffenden Orte nicht Berechtigten. Ein Ausüben der Jagd findet statt, wenn auf dem Jagdreviere vorsätzlich irgend welche Handlungen vorgenommen werden, die das Erlegen oder Einfangen des jagdbaren Wildes bezwecken, wonach also das Jagen auf nicht jagdbare Thiere ausgeschlossen ist. Das Jagdrecht umfaßt aber nicht nur das Recht dem Wilde zum Zwecke der Occupation nachzustellen, es einzufangen, zu tödten, sondern auch das Recht es sich ohne eigentliches Jagen anzueignen, so insbesondere das Aneignen des Fallwildes, der aus dem Nest genommenen jungen Thiere, und auch die Verletzung dieses Rechtes würde als unberechtigtes Jagen erscheinen[1]). So wenig also die Aneignung des Wildes zum Thatbestande des Vergehens gehört, so erscheint doch auch sie als Ausübung der Jagd, nicht als ein selbständiges mit dieser concurrirendes Delict, insbesondere also auch nicht das spätere Fortschaffen eines vom Thäter früher erlegten Wildes aus dem Jagdrevier.

In Betreff der Willensbestimmung wird erfordert, daß der Thäter vorsätzlich die Jagd in dem angegebenen Sinne ausübte mit dem Bewußtsein an dem betreffenden Orte hierzu nicht berechtigt zu sein. Als Ort der Jagdausübung ist aber nicht der Ort an welchem der Jagende, sondern der an welchem das zu erlegende Wild sich befindet, anzusehen[2]). Dieser Dolus und die Strafbarkeit der That erscheint hiernach ausgeschlossen durch Irrthum, sei dies ein factischer Irrthum, vermöge dessen ein Jagdberechtigter die Grenzen seines Jagdreviers überschreitet, sei es ein Rechtsirrthum, indem der Thäter sich zur Jagdfolge befugt er-

1) Merkel a. a. O. S. 840. Oppenhoff § 292 Nr. 8. 9. Schwarze § 292 Nr. 3.

2) Schwarze § 292 Nr. 4. Oppenhoff § 292 Nr. 3.

Digitized by Google

achtet oder über die Jagdbarkeit des Wildes irrt[1]). So wenig wie die Absicht sich das Wild anzueignen ist das Motiv der Gewinnsucht erforderlich.

Die Strafe ist Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder Gefängniß bis zu drei Monaten. Ist der Thäter ein Angehöriger des Jagdberechtigten, so tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein, und die Zurücknahme desselben ist zulässig. Die Strafe kann aber auf Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder auf Gefängniß bis zu sechs Monate erhöht werden[2]), wenn ein weiterer erschwerender Umstand hinzutritt. Als solchen bezeichnet es das Gesetz, wenn dem Wilde nicht mit Schießgewehr oder Hunden, sondern mit Schlingen, Netzen, Fallen oder andern Vorrichtungen nachgestellt wird, oder wenn das Vergehen während der gesetzlichen Schonzeit, oder wenn es in Wäldern oder zur Nachtzeit, oder endlich wenn es von Mehreren gemeinschaftlich verübt wird. Selbstverständlich ist hier der Fall ausgeschlossen, daß Mehrere gleichzeitig in demselben Jagdrevier den Jagdfrevel verüben, sollten sie dies auch wissentlich, nach Verabredung thun. Gemeinschaftlich begangen ist das Vergehen nur unter der Voraussetzung, daß die Mehreren im Verhältnisse der Theilnahme und zwar in dem der Mitthäterschaft zu einander stehen. Das gemeinsame Handeln von Thäter und Gehilfen ist im technischen Sinne kein gemeinschaftliches Begehen des Delictes, und es erscheint nach der Fassung des Gesetzes unzulässig die gemeinschaftliche Begehung in einem andern Sinne als dem des § 47 zu deuten[3]).

Eine noch weiter erhöhte Strafe trifft den, welcher das unberechtigte Jagen gewerbsmäßig betreibt[4]). In diesem Falle wird nicht bloß eine fortgesetzte Verübung des in § 292 bezeichneten Vergehens vorausgesetzt, sondern rücksichtlich des Thatbestandes auch dies, daß es um des Erwerbes, Gewinnes willen verübt wurde, sei es um das erlegte Wild zu verbrauchen, oder um mittelst dessen Veräußerung sich zu bereichern.

Die Strafe ist Gefängniß von drei Monaten bis zu fünf Jahren, womit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, auch Zulässig-

1) Oppenhoff § 292 Nr. 14.

2) Strfgb. § 293.

3) Merkel a. a. O. S. 841. Oppenhoff § 293 Nr. 5. Rüdorff § 293 Nr. 10. Rsprch. III S. 409. Dagegen H. Meyer S. 548. Schwarze § 293 Nr. 6.

4) Strfgb. § 294. Ueber Gewerbsmäßigkeit vgl. oben Bd. I S. 545 f.

Digitized by Google

keit von Polizeiaufsicht verbunden werden kann. Da der gewerbsmäßige Jagdfrevel eine Mehrheit von Fällen unberechtigter Ausübung der Jagd voraussetzt, von denen jeder einzelne an sich strafbar ist, so findet allerdings zugleich eine Real-Concurrenz der mehreren Jagdfrevel statt, die als solche beurtheilt eine Gefängnißstrafe von mehr als fünf Jahren nach sich ziehen könnte. Die Anwendbarkeit des § 74 ist aber darum ausgeschlossen, weil die speciellere Bestimmung des § 294 der allgemeinen des § 74 vorgeht[1]).

In allen Fällen des Jagdvergehens soll neben der durch dasselbe verwirkten Strafe auf Einziehung des Gewehrs, des Jagdgeräthes und der Hunde, welche der Thäter bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat, ingleichen der Schlingen, Netze, Fallen und anderen Vorrichtungen erkannt werden[2]), und zwar, abweichend von der Bestimmung des § 40, ohne Unterschied ob die betreffenden Gegenstände dem Verurtheilten gehören oder nicht[3]).

§ 98. Das Gesetz hat ferner 2) das unberechtigte Fischen und Krebsen für strafbar erklärt, und zwar als eine mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark oder mit Haft zu strafende Uebertretung[4]). Das Fischen und Krebsen bezeichnet hier diejenige Handlung, mittelst deren der Thäter, in dem Bewußtsein der mangelnden Berechtigung, Fische und Krebse, die sich als herrenlose Sachen nicht im Gewahrsam eines Andern befinden, zu fangen beabsichtigt. Wie bei dem Jagen ist auch hier die auf das Fangen der Fische oder Krebse gerichtete Handlung strafbar, ohne Rücksicht darauf ob eine Occupation stattgefunden hat oder nicht.

Als Vergehen wird das unberechtigte Fischen und Krebsen mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft, wofern es zur Nachtzeit, bei Fackellicht

---

1) Oppenhoff § 294 Nr. 1 nimmt Ideal-Concurrenz des gewerbsmäßigen Vergehens und der einzelnen realiter concurrirenden Vergehen an, und betrachtet die Anwendbarkeit des § 74 auf die einzelnen Fälle nur deshalb für ausgeschlossen, weil die Strafe des § 294 vermöge des Verlustes der Ehrenrechte und Zulässigkeit der Polizeiaufsicht die strengere ist. Gegen diese auch von Schütze S. 463 getheilte Auffassung Rüdorff § 260 Nr. 4. Olshausen § 73 Nr. 11.

2) Strfgb. § 295.

3) Vgl. Motive z. II Entwf. § 291.

4) Strfgb. § 370 Nr. 4.

Digitized by Google

oder unter Anwendung schädlicher oder explodirender Stoffe verübt wurde[1]).

Die Novelle von 1876 hat die weitere Strafbestimmung eingefügt[2]), daß Ausländer, welche in den deutschen Küstengewässern unbefugt fischen, mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten zu strafen sind.

Unter Küstengewässern ist der an der Seeküste entlang laufende Theil des Meeres zu verstehen, welcher nach den Normen des Völkerrechts als zum Staatsgebiete gehörend betrachtet wird[3]), wonach eine in diesem Gebiete verübte strafbare Handlung als im Inlande verübt erscheint. Zweifelhaft kann es erscheinen, unter welchen Voraussetzungen das Fischen Seitens des Ausländers als unbefugt zu betrachten ist. Wie die Motive ergeben, war es nicht die Absicht ein bisher nicht bestehendes Verbot zu erlassen, sondern das als bestehend vorausgesetzte Verbot, in Rücksicht auf häufige Uebertretungen, durch Strafbestimmungen zu sichern. Selbstverständlich enthält aber § 296 a zugleich ein ausdrückliches, reichsgesetzliches Verbot, durch welches nur das völkerrechtlich bereits feststehende bestätigt wird, denn eines ausdrücklichen derartigen Verbotes Seitens des Küstenstaates bedarf es nicht[4]), weil nach den Normen des Völkerrechtes dieses Verbot ein allgemeingiltiges ist, soweit nicht etwa ein Staat ausdrücklich oder vertragsmäßig die Fischerei in seinen Küstengewässern völlig, oder in irgend einem beschränkten Maße freigegeben hat[5]). Hiernach ist das Fischen Seitens des Ausländers[6]) als unbefugt im Sinne des § 296 a nicht erst dann anzusehen, wenn und soweit es einem ausdrücklichen gesetzlichen Verbote des Küstenstaates widerspricht[7]), sondern un-

---

1) Strfgb. § 296.

2) Strfgb. § 296 a.

3) Heffter Europ. Völkerrecht 7. Aufl. von Geffken § 75. Vgl. Preuß. Fischereigesetz v. 30. Mai 1874.

4) Dagegen Merkel a. a. O. IV S. 462, der die Strafbestimmung nur für anwendbar hält, sofern das Fischen gegen ein Verbot des Küstenstaates verstößt.

5) Geffken a. a. O. S. 166.

6) Ausländer ist jeder Nichtdeutscher, also auch derjenige, der im Inlande sein Domizil hat. Oppenhoff § 296 a Nr. 2. Dagegen Meves § 296 a Nr. 2 a.

7) Wie dies Oppenhoff § 296 a Nr. 5, ebenso Merkel a. a. O. annimmt.

Digitized by Google

bedingt und in allen Fällen, in denen der Ausländer nicht kraft einer besonderen ihm zustehenden Befugniß fischt[1]). Befugt zur Fischerei würde er sein, wenn er eine vom Küstenstaate freigegebene Art der Fischerei betreibt, wenn ihm die Erlaubniß durch die Staatsbehörde ertheilt wurde, wenn er im Dienste und Interesse eines zum Fischen berechtigten Inländers handelt.

Rücksichtlich der Willensbestimmung erfordert der Thatbestand das vorsätzliche Fischen in den Küstengewässern mit dem Bewußtsein hierzu nicht befugt zu sein[2]). Mit der Handlung des Fischens ist das Delict vollendet, ohne Rücksicht darauf ob ein Fangen und Aneignen von Fischen bereits stattgefunden hat. Das Fischen wird aber hier unbedenklich in einem weiteren Sinne als in dem des § 370 Nr. 4 und des § 296 zu nehmen sein[3]), weil nach den Regeln des europäischen Völkerrechts das in den Küstengewässern den Inländern vorbehaltene Fischen sich nicht bloß auf das Fangen von Fischen, sondern auch auf das von Krebsen, Muscheln, Austern und andern nutzbaren Wasserthieren bezieht[4]).

Auf den Inländer würde § 296 a nur anwendbar sein, wenn er als Gehilfe des ausländischen Thäters erscheint, nicht wenn er als Mitthäter des Ausländers oder als vom Ausländer angestifteter Thäter, in dessen Dienst und Interesse fischt, denn der Inländer ist zum Fischen befugt und wird dadurch, daß er im Auftrage und Interesse des Ausländers handelt, diesem den Fang unentgeltlich oder gegen Lohn abliefert, nicht strafbar.

Neben der Geld- oder Gefängnißstrafe soll auf Einziehung der Fanggeräthe, die der Thäter bei dem unbefugten Fischen bei sich geführt hat, ingleichen der in dem Fahrzeuge enthaltenen Fische erkannt werden, und zwar ohne Unterschied ob die Fanggeräthe und Fische dem Verurtheilten gehören oder nicht.

---

1) Meves § 296 Nr. 2 d.

2) Irrthum über die Grenze der Küstengewässer würde die Strafbarkeit ausschließen.

3) Oppenhoff § 296 a Nr. 3. Meves a. a. O. Nr. 2 c.

4) Damit übereinstimmend Preuß. Fischereigesetz § 2.

Digitized by Google

## Achtes Kapitel.
# Die Unterschlagung.

### Literatur.

Köstlin Abhandlungen S. 335 f. — von Stemann Das Vergehen der Unterschlagung und Untreue 1870. — Huber Die Unterschlagung 1875. — Kapff Die Unterschlagung 1879. — Walther Die Lehre vom Funddiebstahle 1849. — Delbrück in Jahrbch. f. Dogm. des röm. R. III. — Hepp im Crim.-Arch. 1849 S. 561. — Mittermaier ebenda 1852 S. 437. — Grohmann ebenda 1852 S. 225. — Köstlin in Goltdammer Archiv IV S. 47. — Hälschner ebenda XV S. 1. — Goltdammer ebenda X S. 1 und XVI S. 237. — Geßler ebenda X S. 598. — Schütze im Gerichts-Saal 1869 S. 115. — Schwarze ebenda 1871 S. 437.

### Thatbestand und Strafe der Unterschlagung.

§ 99. Die Folge davon, daß die Carolina die Unterschlagung auf die Sachen beschränkte, die dem Thäter in gutem Glauben zu behalten und zu verwahren gegeben sind, war es, daß der Thatbestand der Unterschlagung selbst noch in der neueren Doctrin vielfach streitig war[1]), und daß, wie einige andere deutsche Strafgesetzbücher, so auch das preußische die Unterschlagung zunächst auf die Veruntreuung der anvertrauten Sache beschränkte, ihr aber weiter die Aneignung der durch Finden oder einen sonstigen Zufall in den Gewahrsam des Thäters gelangten Sache gleichstellte. Davon ist das deutsche Strafgesetzbuch, der Mehrzahl der übrigen folgend, abgewichen, indem es auf jede nähere Bezeichnung der Art wie der Thäter den Gewahrsam der unterschlagenen Sache erlangt habe, verzichtete. Ebenso wich es vom preußischen darin ab, daß es sich begnügte die rechtswidrige Zueignung der Sache zu fordern, ohne casuistisch die Art der Aneignungshandlung und den durch sie

1) Vgl. Hälschner System II S. 495 f.

Digitized by Google

Benachtheiligten zu bezeichnen. Nur rücksichtlich des Strafmaßes wird die Unterschlagung der anvertrauten Sache von der einer sonstwie in den Gewahrsam gelangten unterschieden.

§ 100. Der Thatbestand der Unterschlagung erfordert 1) eine körperliche, bewegliche, fremde Sache, in dem gleichen Sinne, in welchem dies der Thatbestand des Diebstahls fordert. Nur die körperliche Sache ist Gegenstand der Unterschlagung, nicht die unkörperliche, und die rechtswidrige Verfügung über das Forderungsrecht eines Anderen ist nur strafbar, soweit sie dem Thatbestande der Untreue im Sinne des § 266 des Strafgesetzbuches entspricht[1]). Auch in Betreff der Beweglichkeit gilt wie bei dem Diebstahle der Satz, daß als beweglich jede Sache zu betrachten sei, die fortbewegt werden kann, also auch die unbewegliche Sache, sofern sie zum Zwecke der Aneignung beweglich gemacht wurde. Eine fremde ist die Sache nur sofern sie Eigenthum eines Andern ist. Die Unterschlagung kann daher weder an der eigenen, noch auch an der herrenlosen Sache, sollte auch einem Andern ein Recht auf die Sache zustehen, begangen werden[2]), denn die Unterschlagung fordert wie der Diebstahl in allen Fällen Verletzung des Eigenthumsrechtes. Die Frage ob die betreffende Sache Eigenthum eines Andern war, ist daher im concreten Falle nach den Normen des Civilrechtes zu entscheiden. Obwohl das preußische Strafgesetzbuch die Unterschlagung aus der unklaren Verbindung mit Betrug und Untreue, in welcher sie in der Strafgesetzgebung des Landrechtes stand, losgelöst hatte und zu der gemeinrechtlichen Bedeutung derselben zurückgekehrt war, so wirkte doch jene frühere Auffassung in der preußischen Praxis insofern nach, als man glaubte den Thatbestand der Unterschlagung in einer Weise deuten zu müssen, die es gestattete die Fälle beschädigender Täuschung und Untreue, die nicht als Untreue im Sinne des § 246 des preußischen Strafgesetzbuches zu strafen waren, gleichwohl als straffällig behandeln zu können[3]). Um Treue und Glauben im geschäftlichen Verkehre zu sichern, um

---

1) Merkel a. a. O. S. 692. Oppenhoff § 246 Nr. 3. Hälschner Syst. II S. 508. Stemann a. a. O. S. 15. Kapff a. a. O. S. 34.

2) Hälschner a. a. O. S. 499. Oppenhoff § 246 Nr. 4. 5. Merkel a. a. O. S. 693. Kapff a. a. O. S. 42. Dagegen Hepp und Grohmann a. a. O. Rsprch. I S. 79 in Betreff des Schatzes nach Preuß. A. L.-R.

3) Vgl. Hälschner in Goltd. Arch. XV S. 1 f. und System II S. 501 f.

Digitized by Google

eine angebliche, im andern Falle unerklärliche Lücke des Strafgesetzbuches auszufüllen, glaubte man die Eigenthumsfrage nicht überall nach streng civilrechtlichen Normen, sondern nach dem bei Eingehung des Rechtsverhältnisses kund gegebenen Willen der Parteien beantworten zu müssen. So gewiß aber für Beantwortung der Frage, wer Eigenthümer der Sache sei, das was die Parteien verabredet und gethan haben, die Voraussetzung der rechtlichen Entscheidung bildet, so wenig kann ihrem kund gegebenen Willen eine die civilrechtlichen Normen über den Eigenthumserwerb modificirende Kraft beigelegt werden. Ebensowenig kann es zweifelhaft sein, daß es durchaus unzulässig ist im angeblichen, den Intentionen der Gesetzgebung widersprechenden strafrechtlichen Interesse, einen von dem civilrechtlichen abweichenden strafrechtlichen Eigenthumsbegriff zu construiren. Gleichwohl wird auch noch dem deutschen Strafgesetzbuche gegenüber vielfach an jener Auffassung festgehalten, nach welcher die im civilrechtlichen Sinne eigene Sache als fremde und als geeignetes Object der Unterschlagung angesehen wird[1]).

§ 101. 2) Die Unterschlagung kommt mit dem Diebstahle und Raube darin überein, daß sie in der rechtswidrigen Aneignung einer fremden Sache besteht, während Diebstahl und Raub von ihr sich dadurch unterscheiden, daß zu der rechtswidrigen Aneignung weitere sie qualificirende Momente, insbesondere das Wegnehmen der Sache aus dem Gewahrsam eines Anderen, hinzutreten. Doctrin und Gesetzgebung haben aber von jeher nicht die Unterschlagung vorangestellt, um ihr den Diebstahl als eine durch Besitzentziehung ausgezeichnete Art rechtswidriger Aneignung fremden Eigenthums folgen zu lassen, sondern haben umgekehrt den Diebstahl an die Spitze gestellt, womit sich die Nöthigung ergab in Betreff des Thatbestandes der Unterschlagung den Mangel des den Diebstahl auszeichnenden Momentes der Besitzentziehung her-

1) So Urtheile des preuß. O.-Trib. und bayer. Kass.-Hf. bei Pezold § 246 Nr. 18. 24. Zimmerle § 246 Nr. 29. Entsch. d. R.-Ob.-Handl.-G. XX S. 65. Blum § 246 Nr. 2. Schwarze § 246 Nr. 7. Rüdorff § 246 Nr. 7. Dagegen Hälschner a. a. O. Merkel a. a. O. III S. 693. Huber S. 104. Kapff S. 40. Binding Normen II S. 545. H. Meyer S. 504. Berner S. 546. Oppenhoff § 246 Nr. 3. Olshausen § 246 Nr. 4. Rsprch. I S. 530. 815. II S. 515. IV S. 14. 63. Casuistische Erörterung der Fälle, in denen hiernach die Sache als fremde und als geeignetes Object der Unterschlagung zu betrachten sei oder nicht bei H. Meyer S. 504 f. Olshausen § 246 Nr. 7. Oppenhoff § 246 Nr. 6—23.

Digitized by Google

vorzuheben. In correcter Weise würde dies geschehen sein, wenn als Object der Unterschlagung eine fremde, nicht im Besitze oder Gewahrsam eines Anderen befindliche Sache bezeichnet worden wäre[1]). Wenn dagegen das Gesetz nicht dies negative Erforderniß hervorhebt, sondern als positives Moment im Thatbestande der Unterschlagung eine im Besitze oder Gewahrsam des Thäters befindliche Sache fordert, so werden auch die aus dieser nicht sachgemäßen Fassung sich ergebenden Consequenzen gezogen werden müssen.

Die rechtliche Natur des Besitzes wie das rechtliche Verhältniß des Thäters zur Sache ist gleichgiltig und nur das Innehaben derselben von entscheidender Bedeutung. Die Art wie der Thäter in den Besitz der Sache gelangte, läßt sich nur negativ feststellen. Hiernach ist von der Unterschlagung ausgeschlossen diejenige Sache deren Besitz in einer Weise erlangt wurde, aus der sich der Thatbestand eines eigenthümlichen strafbaren Delictes ergiebt[2]), Diebstahl, Raub, Betrug, Erpressung, denn in diesen Fällen findet die rechtswidrige Aneignung mittelst des Besitzerwerbes statt, während die Unterschlagung voraussetzt, daß die rechtswidrige, strafbare Aneignung dem Besitzerwerbe nachfolge, zwar vermöge aber nicht mittelst des Besitzerwerbes stattfinde. Dagegen setzt die Unterschlagung nicht voraus, daß der Besitzerwerb ein rechtmäßiger oder wenigstens nicht rechtswidriger gewesen sei. Wer in der irrthümlichen Meinung die Sache sei die seinige mittelst Selbsthilfe sich in Besitz derselben setzt, und sie sich aneignet, nachdem er sie als fremde erkannt hat, ist der Unterschlagung schuldig, ebenso derjenige, welcher in der Absicht sie zu unterschlagen sich durch Täuschung eines Anderen den Gewahrsam der Sache verschafft und sie sich aneignet[3]).

Während das preußische Strafgesetzbuch die Unterschlagung auf die anvertraute Sache beschränkte, ihr aber die rechtswidrige Aneignung der Sache deren Gewahrsam durch Zufall erlangt war,

---

1) Binding a. a. O. S. 542. Kapff S. 59. Merkel a. a. O. IV S. 412. Olshausen § 246 Nr. 8.

2) Vgl. Motive z. II Entwf. § 241.

3) Köstlin Abhdlg. S. 154. 335. Hälschner Syst. II S. 373. Merkel Abhdlg. II S. 196 und a. a. O. S. 697. Olshausen § 246 Nr. 9. Vielfach werden aber noch immer derartige Fälle als Betrug beurtheilt, so H. Meyer S. 559. Kapff S. 72 f. Oppenhoff § 263 Nr. 36. Huber S. 52. 67.

Digitized by Google

gleichstellte, hat das deutsche Strafgesetzbuch diese Unterscheidung aufgegeben, aber mit Recht rücksichtlich des Strafmaßes Gewicht auf die Art des Besitzerwerbes gelegt, indem es ein erhöhtes Strafmaß für die Unterschlagung der anvertrauten Sache anordnet.

Anvertraut ist die Sache, welche dem Thäter auf Grund eines Rechtsverhältnisses übergeben wurde, in Folge dessen er die Sache mit der Verpflichtung sie zurückzugeben oder abzuliefern für einen Andern inne hat[1]). Ausgeschlossen ist daher ein jeder Fall in welchem mit dem Gewahrsam zugleich das Eigenthum übertragen und erworben wurde, sollte auch der Erwerb mit der Verpflichtung die Sache in genere zu restituiren oder abzuliefern erfolgt sein. Gleichgiltig ist es zu welchem Zwecke die Sache anvertraut wurde, ob nur zum Zwecke des Innehabens, des Verwahrens oder Ueberbringens, Veräußerns, Verwaltens, Verarbeitens, vorausgesetzt, daß im letzteren Falle nicht etwa nach der Absicht der Parteien der verarbeitete Stoff nur in genere restituirt werden soll. Anvertraut ist aber die Sache auch dann, wenn zu dem bereits vorhandenen Besitze die Verpflichtung zur Rückgabe oder Ablieferung erst später hinzutritt, wofern nämlich gleichzeitig mit dieser Verpflichtung durch eine Aenderung der causa possessionis ein neues Besitzverhältniß begann.

Als zufällig ist jeder andere nicht durch Anvertrauen vermittelte Besitzerwerb zu bezeichnen, und dahin gehört nicht nur das Ergreifen einer verlorenen Sache[2]), das Finden, die Erlangung des Gewahrsams an zugelaufenen Thieren, zugeflossenen Gegenständen, sondern auch der Besitzerwerb in Folge eines Irrthums, sei es, daß der Thäter die Sache in Besitz nahm, weil er irrthümlich sich hierzu berechtigt erachtete, sei es, daß ihm die Sache in Folge eines den Eigenthumsübergang ausschließenden Irrthums tradirt wurde[3]).

§ 102. Der Thatbestand der Unterschlagung erfordert 3) als Handlung die vorsätzliche Zueignung der Sache in dem gleichen Sinne, in welchem sie beim Diebstahle erfordert wird. Weil bei der Unterschlagung eine im Gewahrsam des Thäters befindliche

---

1) Vgl. Merkel a. a. O. III S. 707. Berner S. 546. Oppenhoff § 246 Nr. 57. Rüdorff § 246 Nr. 7 a. Olshausen § 246 Nr. 23.

2) Vgl. oben S. 285.

3) Oppenhoff § 246 Nr. 25. Merkel a. a. O. S. 697. Olshausen § 246 Nr. 9.

Digitized by Google

Sache vorausgesetzt wird und dieser sich somit in der Lage befindet über dieselbe wie über eine eigene zu verfügen, so wird die Zueignung derselben zwar geschehen können, ohne daß in dem factischen Verhältnisse des Thäters zur Sache irgend eine Aenderung eintritt, niemals aber lediglich durch den Entschluß des Thäters die bisher als fremde besessene Sache fortan als eigen besitzen zu wollen.

Die Willensbestimmung sich die Sache zuzueignen muß sich darum in allen Fällen in der entsprechenden Zueignungshandlung, die bei der Unterschlagung nicht immer in gleich unzweideutiger Weise wie bei dem Diebstahle verübt werden wird, zu erkennen geben. Dazu genügt jedenfalls ein blos passives Verhalten nicht, also nicht das Verschweigen des Besitzes[1]) und dies selbst dann nicht, wenn das Gesetz dem Finder einer verlorenen Sache die Pflicht auferlegt den Fund zur Anzeige zu bringen oder öffentlich bekannt zu machen[2]). Ein Landesgesetz das solche Anzeige oder Bekanntmachung bei Strafe gebietet, würde unbedenklich zulässig sein, nicht aber ein Gesetz, das wie das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 und das hannöversche, ein solches Unterlassen als diebliche Aneignung oder Unterschlagung für strafbar erklärt. Fordert die Aneignung, daß der Thäter die Sache in sein Vermögen bringt, sie vollständig und ausschließlich seiner Herrschaft unterwirft und sie darum der des Eigenthümers entzieht[3]), so wird in der Zueignungshandlung bald das negative, bald das positive Moment derselben sich geltend machen. Das Erstere ist der Fall, wenn die Sache mit Ableugnung ihres Besitzes dem Berechtigten vorenthalten wird, sei es mit dem Vorgeben sie nicht besessen, oder sie bereits zurückgegeben, abgeliefert, veräußert, bestimmungsgemäß verwendet zu haben. Indem das preußische Strafgesetzbuch zum Thatbestande der Unterschlagung nicht Zueignung als solche, sondern eine der casuistisch bezeichneten Zueignungshandlungen erforderte, gedachte es bei der zufällig er-

---

1) Kapff S. 82. Schütze S. 443. Entsch. IV S. 404.

2) Dagegen Olshausen § 246 Nr. 11.

3) Vgl. oben S. 291. Daß nicht jeder „Act der sich als Ausübung des Eigenthums darstellt" oder „zu dem bloß der Eigenthümer berechtigt ist" als Zueignung betrachtet werden kann, ist selbstverständlich. Huber S. 53 betrachtet für die Zueignung bei der Unterschlagung als entscheidend die Verwandlung der naturalis possessio in Civilbesitz, als ob nicht auch der juristische Besitzer unterschlagen könnte. Köstlin Abhdlg. S. 205 fordert contrectatio, die keineswegs in allen Fällen erforderlich ist.

Digitized by Google

langten Sache auch der Ableugnung des Gewahrsams der Obrigkeit gegenüber. Wenn dagegen das deutsche Strafgesetzbuch mit Recht sich darauf beschränkte rechtswidrige Zueignung zu fordern, so kann es jetzt keinem Bedenken unterliegen, die dem Berechtigten gegenüber wider besseres Wissen erfolgende Ableugnung des Gewahrsams sei es der anvertrauten, sei es der zufällig erlangten Sache, als Zueignungshandlung zu betrachten, obwohl die Motive sie nur als Beweisgrund für die Absicht der Unterschlagung ansehen wollen. Allerdings spricht sich in der Besitzableugung unmittelbar nur der Wille aus die Sache der Herrschaft des Eigenthümers zu entziehen, aber eben diese Willensbestimmung ist nur das Ergebniß der untrennbar mit ihr verbundenen Absicht die Sache der eignen, ausschließlichen Herrschaft zu unterwerfen, einer Absicht die sich implicite in jener Ableugnung bethätigt. Sie ist daher selbst Zueignungshandlung[1]) und niemals nur Vorbereitung für eine nachfolgende Zueignung, wogegen sie freilich einer in anderer Weise bereits stattgehabten Zueignung nachfolgen kann, und dann nur als Indicium der Zueignung erscheint.

Als Zueignungshandlung erscheint ferner das bei Seite Schaffen der Sache in der Absicht sie dem Eigenthümer zu entziehen und ihm die Geltendmachung seines Rechtes unmöglich zu machen, sowie die Einwilligung in die von einer anderen Person verübten Wegnahme der Sache[2]), nicht aber das Angebot zum

---

1) Die Praxis betrachtet die Ableugnung des Besitzes dem Berechtigten gegenüber, sofern sich nicht im concreten Falle Umstände ergeben, welche die Absicht der Zueignung als ausgeschlossen erscheinen lassen, als Zueignungshandlung, vgl. Oppenhoff § 246 Nr. 36. Pezold § 246 Nr. 34 e. Zimmerle § 246 Nr. 47. Olshausen § 246 Nr. 12. Entsch. V S. 252, ebenso Kapff S. 84. Dagegen Köstlin a. a. O. S. 160. Schwarze § 246 Nr. 17. Ist die Ableugnung geeignet als Zueignungshandlung betrachtet zu werden, so wird sie dadurch, daß der Thäter den Besitz in der Absicht die Sache hinterher zu veräußern ableugnet, nicht zu einer Vorbereitung der Unterschlagung, vgl. Goltd. Arch. XXVI S. 442. Dagegen H. Meyer S. 510. Merkel a. a. O. S. 698. 700 nimmt an, daß bei Ableugnung des Besitzes die Ausschließung der Willensherrschaft des Eigenthümers und die Begründung einer solchen für den Thäter nicht in dem nämlichen Acte zusammenfallen, die Ableugnung darum nur „sofern sie von Erfolg ist" als Zueignung erscheinen. Daß aber der Eigenthümer durch die Ableugnung sich täuschen läßt, kann unmöglich ein nothwendiges Moment des Zueignungsactes sein.

2) Entsch. V S. 218.

Digitized by Google

Kaufe[1]), denn nicht jedes Kundgeben der Absicht sich die Sache zuzueignen ist schon an sich selbst Zueignungshandlung[2]).

Die Absicht die Sache sich zuzueignen kann sich ferner bethätigen in Handlungen die als Ausübung der angemaßten vollen und ausschließlichen Herrschaft über die Sache erscheinen, so namentlich in der Veräußerung und dem Verbrauche der Sache. Ein zeitweiliger Gebrauch der Sache kann dagegen, selbst wenn sich daraus eine Werthverminderung derselben ergeben sollte, nicht als Zueignung betrachtet werden, obwohl nicht zu erkennen ist, daß ein lange Zeit fortgesetzter Gebrauch sich dem Verbrauche in dem Maße nähern kann, daß nur im concreten Falle zu entscheiden sein wird, ob der abnutzende Gebrauch als Zueignung zu betrachten sei[3]). Ebenso erscheint die Verpfändung der Sache nur als ein Gebrauch und nicht schon an sich selbst als eine durch Veräußerung verübte Zueignung[4]), wird aber freilich als solche aufzufassen sein, wenn der Thäter die Sache in der Absicht sie nicht wieder einzulösen, verpfändete, da die in solcher Absicht erfolgte Verpfändung sich als Veräußerung darstellt[5]). In jedem solchen Falle setzt darum die Verurtheilung wegen Unterschlagung die Erweislichkeit jener Absicht voraus, und der Beweis derselben kann weder durch die festgestellte Thatsache der unterbliebenen rechtzeitigen Einlösung des Pfandes[6]), noch durch irgend welche Präsumtionen ersetzt werden. Der Umstand, daß der Thäter zur Zeit der Verpfändung

---

1) Oppenhoff § 246 Nr. 61. § 259 Nr. 7. Merkel a. a. O. S 745. Rsprch. I S. 831. Dagegen H. Meyer S. 512. Kapff S. 93 will die Frage von den Umständen des concreten Falles abhängig sein lassen.

2) So gewiß auch nicht Ableugnung des Besitzes einem Unberechtigten gegenüber. Vgl. unten in Betreff des Versuches der Unterschlagung.

3) Kapff S. 85. Goltd. Arch. XVI S. 806. Dagegen zu weit gehend Goltd. Arch. XX S. 555.

4) Dies hat, veranlaßt durch das preuß. Strfgb., die preuß. Praxis vielfach angenommen, weil Verpfändung, theilweise Veräußerung, Act der Eigenthumsausübung sei. Pezold § 246 Nr. 34 c. Oppenhoff § 246 Nr. 34. Goltd. Arch. XXI S. 552. F. Meyer § 246 Nr. 5. Gegen diese Auffassung der §§ 225. 226 d. preuß. Strfgbs. Goltd. Mat. II S. 501. Hälschner Syst. II S. 510.

5) Motive z. II Entwf. § 241. Huber S. 56. Kapff S. 90. Merkel a. a. O. S. 699. H. Meyer S. 511. v. Liszt S. 271. Rüdorff § 246 Nr. 4. Schwarze § 246 Nr. 15. Binding a. a. O. S. 545. Rsprch. I S. 659. II S. 402.

6) Bedenklich in dieser Beziehung Rsprch. II S. 402.

Digitized by Google

sich in einer Vermögenslage befand, die es zweifelhaft erscheinen ließ, ob er im Stande sein werde dies Pfand rechtzeitig einzulösen, legt allerdings die Vermuthung nahe, daß die Absicht der Einlösung nicht bestanden habe, aber nicht vermöge jenes Umstandes an sich selbst, sondern nur sofern aus ihm der Schluß gezogen werden darf, daß in der Absicht zu veräußern verpfändet wurde, darf die Zueignung als festgestellt angesehen werden[1]).

In gleicher Weise wie die Verpfändung wird der Verkauf unter Vorbehalt des Rückkaufes bedingungsweise als Zueignung anzusehen sein[2]), endlich kann die Zueignung auch durch solche Verbindung oder Vermischung der fremden Sache mit den eigenen, durch die das bisherige Eigenthum an derselben untergeht, verübt werden.

Die Zueignung der Sache muß ferner eine rechtswidrige sein. Der Bedeutung der Unterschlagung als eines gegen das Eigenthum gerichteten Delictes entsprechend ist es in allen Fällen das Recht des Eigenthümers der unterschlagenen Sache das verletzt wird. Kann freilich durch die Unterschlagung zugleich auch das Recht einer andern an der Sache berechtigten Person verletzt werden, so reicht doch die durch Zueignung der Sache bewirkte Verletzung irgend einer andern Berechtigung zum Thatbestande der Unterschlagung nicht aus, falls nicht zugleich das Recht des Eigenthümers verletzt erscheint. Aneignung der fremden Sache mit Zustimmung des Eigenthümers, gegen den Willen einer andern an der Sache berechtigten Person, ist also von der Unterschlagung ausgeschlossen. War die Aneignung eine berechtigte, wie insbesondere dann, wenn der Empfänger der Sache nur zur Erstattung

---

1) Es ist deshalb nicht richtig, wenn Kapff a. a. O. zur Anwendung des § 246 den Nachweis der Nichtwiedereinlösungs-Absicht nicht für nöthig, sondern den Beweis für genügend erachtet, daß die Ueberzeugung wieder einlösen zu können keine wohlbegründete war, und wenn er andrerseits fordert, es müsse um seine Anwendung auszuschließen, nicht nur die Wiedereinlösungs-Absicht festgestellt, sondern auch erwiesen sein, daß sie eine wohlbegründete war, denn ist jene Absicht festgestellt, so kann der Umstand, daß der Verpfänder sich geirrt und seine Lage günstiger beurtheilt hat, als es hinterher der Richter thut, den Mangel der Zueignungs-Absicht nicht decken. Unbedenklich wird aber der Nachweis eines dolus eventualis genügen. Vgl. Schwarze im G.-Saal 1871 S. 447.

2) Kapff S. 91. Olshausen § 246 Nr. 16. Dagegen Oppenhoff § 246 Nr. 33.



Digitized by Google

in genere verpflichtet war, so kann sie nicht nachträglich dadurch zu einer rechtswidrigen, als Unterschlagung zu strafenden werden, daß der aus der Zueignung entspringenden Verpflichtung zu irgend welchen Leistungen nicht genügt wird, sollte auch die Zueignung schon mit der Absicht nicht zu leisten stattgefunden haben[1]).

Von der Frage welche Art der Rechtsverletzung zum Thatbestande der Unterschlagung erfordert wird, ist die Frage wer durch dieselbe an seinem Vermögen beschädigt worden sei, als eine für den Thatbestand indifferente durchaus zu trennen, und mit Recht hat das deutsche Strafgesetzbuch die im preußischen enthaltene, einerseits überflüssige, andrerseits unvollständige Bezeichnung der Unterschlagung als einer zum Nachtheile des Eigenthümers, Besitzers oder Inhabers begangenen, beseitigt[2]). Von Bedeutung ist dagegen die Frage ob zum Thatbestande der Unterschlagung die Vermögensbeschädigung eines Andern, und die Absicht des Thäters sich zum Nachtheile eines Andern durch Aneignung der fremden Sache zu bereichern erfordert werde. Diese Frage war vom Standpunkte des preußischen Strafgesetzbuches aus unbedenklich zu bejahen, weil es zum Thatbestande der Unterschlagung nicht nur Verletzung des Eigenthumsrechtes, sondern auch Benachtheiligung, Beschädigung, sei es des Eigenthümers, sei es des Besitzers oder Inhabers, forderte[3]). Von der dem preußischen Strafrechte entsprechenden Auffassung gingen aber auch die Motive zum deutschen Strafgesetzbuche aus, indem sie aussprechen, daß „die verbrecherische Absicht und bezweckte Vermögensbeschädigung" bei Unterschlagung und Diebstahl dieselbe sei, und daß das Erforderniß der „gewinnsüchtigen Absicht", als zu möglichen falschen Schlußfolgerungen verleitend, in den Thatbestand darum nicht aufgenommen worden sei, weil das Bedürfniß, das durch Aufnahme dieses Moments gedeckt werden solle, durch die Worte: „rechtswidrig aneignet" sich erledige. Letzteres ist freilich eine irrthümliche Auffassung und hier wie bei dem Diebstahl hat die Auffassung, von der die Motive ausgehen,

---

1) Hiergegen die Ansicht derer, die im strafrechtlichen Interesse für die Frage ob die Sache eine fremde sei, die civilrechtlichen Normen nicht als entscheidend ansehen, was dahin führte, daß der Unterschlagung schuldig erachtet wurde der Darleiher der das Darlehn mit der Absicht nicht zurückzuzahlen in Empfang nahm, der Mandatar der das Geld nur in genere erstatten sollte, aber nur theilweise erstattete. Goltd. Arch. X S. 13 IX S. 783. Vgl. oben S. 346.

2) Vgl. Motive z. II Entwf. a. a. O.

3) Vgl. Hälschner Syst. II S. 512 f.

Digitized by Google

in der gesetzlichen Formulirung des Thatbestandes ihren entsprechenden Ausdruck nicht gefunden.

Ohne allen Zweifel erfordert die Unterschlagung ebensowenig wie der Diebstahl, daß die That aus dem Motive der Gewinnsucht entsprungen sei, und der Thatbestand derselben wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Thäter die Sache sich aneignete um sie zu verschenken, daß er sie unterschlug indem er einem Andern gestattete sie wegzunehmen und sich anzueignen. Aber gestützt auf die Fassung des Gesetzes ist es die herrschende Ansicht, daß der Thatbestand der Unterschlagung nur Verletzung des formalen Eigenthumsrechtes, nicht Vermögensbeschädigung, nicht die Absicht die Sache sich unentgeltlich anzueignen erfordere[1]). Dafür, daß dies gleichwohl der Fall sei, lassen sich nur die Gründe anführen, welche in Betreff des Diebstahls dafür sprechen, daß Vermögensbeschädigung und Absicht unentgeltlicher Aneignung zum Thatbestande desselben gehöre, sowie die enge Verbindung, in welcher das Strafgesetzbuch Diebstahl und Unterschlagung behandelt, indem es den Mangel der Wegnahme der Sache aus dem Gewahrsam eines Andern als den einzigen Unterschied der Unterschlagung vom Diebstahle betrachtet.

Genügt aber zur Unterschlagung die rechtswidrige Zueignung der fremden Sache ohne die Absicht sich durch unentgeltliche Zueignung zu bereichern, so ist es auch unzulässig den Consequenzen solcher Auffassung auf Umwegen wieder auszuweichen. Als Unterschlagung ist es unter solcher Voraussetzung zu bestrafen, wenn Jemand die in seinem Gewahrsam befindliche fremde Sache zerstört, denn ist für die Unterschlagung die Bereicherungs-Absicht indifferent, so ist nicht einzusehen, warum zwar die Zerstörung der Sache durch Verbrauch als Unterschlagung, eine anders geartete Zerstörung aber als Sachbeschädigung gestraft werden soll[2]).

Es wird ferner als Unterschlagung zu strafen sein, wenn sich Jemand diejenige in seinem Gewahrsam befindliche Sache aneignet,

---

1) Merkel a. a. O. S. 706. Huber S. 44. 63. Kapff S. 103. Binding a. a. O. S. 540. H. Meyer S. 511. Oppenhoff § 246 Nr. 45. Olshausen § 246 Nr. 21. Entsch. V S. 4. Dagegen Stemann S. 7. Schwarze im G.-Saal 1871 S. 442.

2) Die Zerstörung soll nicht als Zueignung zu betrachten sein, Oppenhoff § 246 Nr. 38, aber wie die Zueignung einer bereits im Gewahrsam befindlichen Sache definirt werden soll um die Vernichtung derselben von der Zueignung ausgeschlossen erscheinen zu lassen, ist nicht einzusehen.

Digitized by Google

deren Uebertragung in sein Eigenthum er zu fordern berechtigt ist. Die Zueignung ist auch in diesem Falle eine rechtswidrige, und ihre Beurtheilung als Act der Selbsthilfe[1]), nicht als Unterschlagung, würde nur zulässig sein, wenn letztere nicht nur rechtswidrige Aneignung, sondern auch die hier mangelnde Vermögensbeschädigung und Bereicherungsabsicht erfordert. Ebenso wird es als Unterschlagung zu beurtheilen sein, wenn der Thäter die in seinem Besitze befindliche Sache sich zueignet, um sich für eine auf andere Sachen gehende Forderung bezahlt zu machen. Wenn man allseitig darin einverstanden ist, daß in diesem Falle nicht wie in dem vorigen Selbsthilfe, sondern Unterschlagung anzunehmen sei, so kann man doch diese Auffassung nicht darauf gründen, daß diese Zueignung nach Form wie Inhalt rechtswidrig sei[2]), denn das Gesetz fordert rechtswidrige Aneignung ohne zu unterscheiden ob sie nur der Form oder auch dem Inhalte nach rechtswidrig sei, ebensowenig darauf, daß nur Forderungsrechte durch Compensation aufgehoben werden können, nicht das Eigenthumsrecht[3]), denn so richtig dies ist, so findet doch auch hier die Zueignung in der Absicht statt, durch Selbsthilfe zu dem Seinigen zu kommen, und es ist wiederum nicht einzusehen, wie eine Verschiedenheit in der Art der Rechtswidrigkeit es bewirken soll, daß die Selbsthilfe sich in Unterschlagung verwandelt.

Als Unterschlagung wird es endlich unter der gedachten Voraussetzung auch zu beurtheilen sein, wenn der Thäter in der Absicht einen rechtswidrigen Tausch herbeizuführen die fremde Sache sich aneignete.

Die Art wie Doctrin und Praxis sich den vollen Consequenzen der gesetzlichen Fassung des Thatbestandes der Unterschlagung wie des Diebstahls zu entziehen suchen, liefert den Beweis für das Mangelhafte derselben.

§ 103. In Betreff der zur Unterschlagung erforderlichen Willensbestimmung ergiebt sich aus der Verbindung der Unterschlagung mit dem Diebstahle, und aus ihrem Verhältnisse zu allen übrigen gegen das Vermögen gerichteten strafbaren Delicten, daß, obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich ausspricht, auch bei

1) Merkel a. a. O. S. 702, der übrigens es als fehlerhaft tadelt, daß das Gesetz die Unterschlagung ebensowenig wie den Diebstahl als Bereicherungsverbrechen behandelt habe.

2) So Merkel a. a. O.

3) Oppenhoff § 246 Nr. 44. Olshausen § 246 Nr. 18.

Digitized by Google

ihr Dolus erfordert wird. Dieser Dolus besteht hier in der Absicht sich eine Sache zuzueignen mit dem Bewußtsein, daß die Sache eine fremde und die Zueignung eine rechtswidrige ist, während es streitig bleibt ob die Absicht nicht nur rechtswidriger, sondern auch unentgeltlicher Aneignung erfordert wird.

Wegen Mangels der erforderlichen Willensbestimmung erscheint also der Thatbestand der Unterschlagung ausgeschlossen, wenn der Thäter irrthümlich die Einwilligung des Eigenthümers voraussetzt, oder aus anderem Grunde sich für berechtigt erachtete die Sache sich anzueignen, sollte es sich hierbei auch um einen Rechtsirrthum handeln[1]). Erfordert der Thatbestand der Unterschlagung nicht nur die Absicht rechtswidriger, sondern auch unentgeltlicher Zueignung, so würde der Dolus auch dann ausgeschlossen erscheinen, wenn die Zueignung zwar mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, aber nicht mit der Absicht der Unentgeltlichkeit stattfindet. Daraus folgt in keinem Falle, daß durch die Absicht Ersatz zu leisten der Dolus und die Unterschlagung ausgeschlossen würde[2]), denn selbst, wenn die Absicht unentgeltlicher Aneignung erforderlich ist, so kann die Thatsache, daß die rechtswidrige Zueignung erfolgte, ohne daß der Eigenthümer das entsprechende Aequivalent in der Hand hatte, durch die beabsichtigte spätere Ersatzleistung nicht beseitigt werden. Gewiß wird eine wirklich verübte Unterschlagung mitunter darum straflos bleiben, weil der Schuldige um der drohenden Strafe zu entgehen, die unterschlagene Sache wieder herbeischaft und rechtzeitig zurückgiebt oder abliefert, oder für die unterschlagenen vertretbaren Sachen rechtzeitig vollen Ersatz leistet, und weil deshalb die beabsichtigte rechtswidrige Zueignung nicht festgestellt werden kann, aber es kommt in dieser Beziehung wesentlich darauf an, daß dem Interesse der Beweisführung nicht ein ungebührlicher Einfluß auf den Thatbestand der Unterschlagung eingeräumt werde, wie dies in Gesetzgebung und Doctrin insbesondere insoweit geschehen ist, als es sich um Unterschlagung von Fungibilien handelt[3]).

---

1) Merkel a. a. O. S. 705. H. Meyer S. 511. Kapff S. 101 f. Huber S. 46. Binding a. a. O. S. 541. 546. Schwarze § 246 Nr. 21. 22. Oppenhoff § 246 Nr. 47. Olshausen § 246 Nr. 20.

2) Hälschner Syst. II S. 515. Huber S. 46. Binding a. a. O. Rsprch. I S. 808. Entsch. III S. 10. IV S. 328. Dagegen Schwarze im G.-Saal 1871 S. 444.

3) Das deutsche Strfgb. hat wie das preuß. auf besondere, die Unter-

Digitized by Google

Daß Sachen, die, wie namentlich Geld, im Verkehre regelmäßig als vertretbare behandelt werden, gleichwohl Gegenstand der Unterschlagung sein können ist selbstverständlich, ebenso aber auch dies, daß die Unterschlagung ausgeschlossen ist, wenn die Verpflichtung nach der Natur des Rechtsverhältnisses, respective nach Verabredung der Parteien nur auf Erstattung in genere geht, der Empfänger also das Eigenthum an dem Empfangenen erlangte oder zur Aneignung berechtigt war[1]). Gegenstand der Unterschlagung sind auch die regelmäßig als vertretbar behandelten Sachen zweifellos, sofern ihnen im concreten Falle in unzweideutiger Weise die Bedeutung vertretbarer Sachen entzogen war, und zweifelhaft erscheinen nur die Fälle in denen einerseits eine solche Willenserklärung mangelt, andrerseits weder durch die Natur des Rechtsverhältnisses, noch durch Verabredung die Pflicht auf Erstattung in genere beschränkt ist. Daraus, daß es sich um regelmäßig als vertretbar betrachtete Sachen handelt, kann nicht ohne Weiteres gefolgert werden, daß in jedem derartigen Falle der Empfänger zur Aneignung berechtigt und nur zur Erstattung in genere verpflichtet sei[2]), vielmehr wird, so lange der Wille des Berechtigten zweifelhaft ist, angenommen werden müssen, daß dieser Ablieferung des Empfangenen in specie erwarte. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß der Empfänger unter Umständen die Vermuthung als wohlbegründet betrachten dürfte, dem Berechtigten werde die

---

schlagung von Geld und anderer Fungibilien betreffende Bestimmungen, wie sie frühere deutsche Strafgesetzbücher enthielten, mit Recht verzichtet. Vgl. Motive a. a. O.

1) Dagegen diejenigen, welche im strafrechtlichen Interesse die Unterschlagung benutzen um der strafbaren Untreue eine weitere Ausdehnung zu geben als § 266 dies gestattet, so Schwarze § 246 Nr. 6, wenn er die Beschränkung der Haftung auf tantundem nicht als ausreichend betrachtet um anzunehmen, daß der Empfänger das Eigenthum der species erworben habe, da das Recht über sie zu disponiren erst mit der Bereitschaft gleicher Werthe eintrete, auch Unterschlagung annimmt, wenn der zum Verbrauch berechtigte Empfänger in der Absicht nicht zurückzuerstatten verbraucht. Ebenso Entsch. V S. 52, wonach die Verabredung der Erstattung in genere an sich die Frage der Eigenthumsübertretung nicht entscheide, da es möglich sei, daß es dem Mandanten zwar gleichgiltig sei, in welchen Münzen die Rückerstattung erfolgt, wenn es dazu kommen sollte, er sich nichtsdestoweniger bis dahin das Eigenthum an den hingegebenen Beträgen vorbehalte.

2) So Köstlin Abhdlg. S. 350, wenn er die Verwendung fungibler Sachen nur als Gebrauch betrachtet.

Digitized by Google

Zueignung unter der Bedingung der Wahrung seines Interesses durch rechtzeitige Erstattung in genere genehm sein. Wer, weil er der Zustimmung des Berechtigten glaubt sicher sein zu dürfen, die empfangene Species sich zueignet in der Absicht sie in genere zu erstatten, verübt wegen Mangels des hierzu erforderlichen Dolus keine Unterschlagung, und die Thatsache, daß er nicht rechtzeitig zahlt und zu zahlen vermag, kann ebensowenig die nicht rechtswidrige Zueignung zu einer rechtswidrigen und strafbaren machen[1]), wie die rechtzeitige Erstattung des Empfangenen die verübte rechtswidrige Zueignung und Unterschlagung tilgen kann. Für die Frage ob die Zueignung als eine rechtswidrige und mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verübte zu betrachten sei oder nicht, werden im concreten Falle die Umstände, welche für oder gegen die vermuthete Einwilligung des Berechtigten, für oder gegen die Fähigkeit rechtzeitig Ersatz zu leisten[2]) sprechen, sowie die erfolgte oder unterbliebene rechtzeitige Leistung allerdings zwar als wichtige Momente für die Beweisführung in Betreff des Vorhandenseins oder Mangels des Dolus in Betracht kommen, aber niemals an sich selbst genügen um den Thatbestand der Unterschlagung als festgestellt oder ausgeschlossen zu betrachten.

Zu beachten bleibt aber, daß namentlich bei der Unterschlagung

---

1) Darauf, daß die Frage ob Unterschlagung anzunehmen sei oder nicht, davon abhängig gemacht wird ob rechtzeitig gezahlt wird oder nicht, führt die gedachte Entsch. d. R.-G. zurück, denn wird, wenn auch mit anderen Münzen als den erhaltenen, gezahlt, so wird angenommen, daß der Empfänger die empfangenen sich rechtmäßig zugeeignet hatte, wird nicht gezahlt, so wird angenommen, daß er das Geld sich rechtswidrig zueignete, weil für solchen Fall das Eigenthum an der species vorbehalten war. Zu demselben Ergebnisse führt die Ansicht H. Meyer's S. 507, daß in vielen Fällen nur eine bedingte Vertretbarkeit stattfinde, indem der Bewahrer fremder Sachen vielfach nur befugt sei unter der Bedingung sie zu verbrauchen, daß er zur Vertretung dienende Sachen von gleichem Werthe und gleichem Betrage bei der Hand habe. Ihm stimmt zu Merkel a. a. O. IV S. 413.

2) Für den Beweis des dolus wird die Frage von Bedeutung sein ob der Beschuldigte mit Grund erwarten durfte rechtzeitig leisten zu können, warum aber in allen Fällen seine Ueberzeugung sofort und jederzeit zahlen zu können erforderlich sein soll, warum der dolus durch die Absicht Ersatz zu leisten, wenn sie sich auf die Ueberzeugung gründet später und zwar rechtzeitig zahlen zu können, wie Oppenhoff § 246 Nr. 46 und die dort angeführten Entscheidungen behaupten, nicht ausgeschlossen werde, ist nicht einzusehen.

Digitized by Google

von Geld die Absicht nicht immer nur in der Form des dolus determinatus, sondern auch in der des dolus eventualis auftreten wird. Die Aneignung der fremden Sache bringt immer die Gefahr mit sich, daß sie zur rechten Zeit weder in specie noch in genere erstattet werden kann, und oft genug wird die Aneignung fremden Geldes in der Weise stattfinden, daß der Thäter eventuell auch die unentgeltliche Zueignung beabsichtigt, indem er den künftigen Ersatz davon abhängig macht, ob er zahlungsfähig sein wird oder nicht, ob er sich einer Bestrafung wird entziehen können oder nicht[1]). Ein so gestalteter Dolus wird also allerdings ausreichen, um Unterschlagung anzunehmen. Aber eben dieser Dolus wird festgestellt werden müssen, und unmöglich kann die Feststellung des bloßen Bewußtseins einer Gefahr möglicher Beschädigung des Berechtigten genügen, denn eine solche Gefahr ist in jedem Falle der Aneignung fremden Geldes vorhanden, und das Bewußtsein derselben schließt nicht nothwendig die Absicht rechtzeitiger Zahlung und die Ueberzeugung rechtzeitiger Zahlungsfähigkeit aus. Soll das bloße Bewußtsein einer Gefährdung des Berechtigten genügen, so würde damit die Möglichkeit einer fahrlässigen Unterschlagung zugegeben.

Die Unterschlagung regelmäßig als vertretbar behandelter Sachen, insbesondere des Geldes, unterscheidet sich also von der anderer Sachen lediglich dadurch, daß häufig der Beweis des Dolus größere Schwierigkeiten verursachen wird, nicht durch irgend ein Moment des Thatbestandes[3]), und es bleibt zu beachten, daß auch,

---

1) Schwarze im G.-Saal 1871 S. 442 f.

2) Daß Fahrlässigkeit nie zum Thatbestande der Unterschlagung genügt, wird ausdrücklich anerkannt, Oppenhoff § 246 Nr. 49, andrerseits aber, weil man sich mit dem Bewußtsein möglicher Gefährdung des Berechtigten begnügen will, die Absicht zu unterschlagen für nicht erforderlich erklärt. Oppenhoff § 246 Nr. 48.

3) Das Gesetz hat auf eine besondere Normirung des Thatbestandes der Unterschlagung fungibler Sachen, wie sie in früheren deutschen Strfgb. enthalten war, verzichtet, weil, wie die Motive sagen, das Thatbestandsmoment der rechtswidrigen Aneignung eine ausreichende Grundlage zur Beurtheilung der hierher gerechneten Fälle darbietet. Gleichwohl wird es immer wieder unternommen in diesen Fällen den Thatbestand in besonderer Weise zu normiren. Die Aneignung soll rechtswidrig sein, nicht nur wenn sie in der Absicht geschah nicht Ersatz zu leisten, sondern auch trotz der Absicht das Angeeignete in genere rechtzeitig zu erstatten, wenn die Ueberzeugung dies thun zu können, keine wohlbegründete war — Schwarze § 246 Nr. 6 — wenn

Digitized by Google

wenn es sich um Sachen handelt, bei denen ihrer Natur nach vorausgesetzt werden muß oder sogar verabredet ist, daß sie in specie zurückgegeben oder abgeliefert werden sollen, die Zueignung in der Absicht ihren Werth zu erstatten bedingungsweise dennoch nicht als rechtswidrig zu betrachten sein wird, wenn sich nämlich Umstände, z. B. die Gefahr des Verderbens, ergeben, welche die Annahme der Einwilligung des Eigenthümers rechtfertigen.

In den meisten Fällen der Unterschlagung wird die Absicht sich die Sache rechtswidrig anzueignen der Erlangung des Gewahrsams der Sache nachfolgen, aber der Thatbestand der Unterschlagung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß diese Absicht schon in dem Momente bestand, in welchem der Thäter die Sache in Besitz nahm[1]). Wird der Besitz der Sache in der Art erworben, welche die Voraussetzung für den Thatbestand der Unterschlagung bildet, so kann die in keiner Weise sich als solche bethätigende Absicht rechtswidriger Aneignung, die Erwerbshandlung, die Uebernahme der anvertrauten, das Aufnehmen der gefundenen Sache, zu einer Zueignungshandlung machen, vielmehr wird die Unterschlagung nur durch eine nachfolgende Zueignungshandlung verübt werden können.

§ 104. Die Unterschlagung ist vollendet, wenn die rechtswidrige Aneignung der zur Begehung des Delictes geeigneten Sache stattgefunden hat.

Der Versuch der Unterschlagung ist strafbar. Wenn es nun zwar unrichtig ist, daß bei der Unterschlagung die Möglichkeit eines Versuches ausgeschlossen sei[2]), so wird er allerdings nur

---

zur Zeit der Aneignung diese die Sicherheit des Berechtigten in Frage stellt — Merkel a. a. O. S. 704 — wenn nicht thatsächlich ein Verhältniß hergestellt ist, das objectiv der Separaterhaltung der anvertrauten Objecte von dem übrigen Vermögen des Empfängers in Beziehung auf die Möglichkeit der Rückgabe gleichsteht — Entsch. V S. 55. — Aber die nicht wohl begründete Ueberzeugung zahlen zu können, die Gefährdung des Berechtigten, der Mangel des gedachten thatsächlichen Verhältnisses sind nur Beweismomente gegen die behauptete Absicht rechtzeitig zu leisten, welche die Verurtheilung wegen Unterschlagung rechtfertigen, falls sie zum Beweise des dolus und der rechtswidrigen Aneignung ausreichen, aber nicht in Betracht kommen könnten, wenn die Absicht rechtzeitig zu leisten festgestellt ist. Vgl. dagegen Binding Normen II S. 557.

1) Dagegen Oppenhoff § 246 Nr. 37.

2) So Cohn Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen I S. 457. Pezold § 246 Nr. 52.

Digitized by Google

selten vorkommen, weil die Absicht sich die Sache zuzueignen meist keine diese Absicht verwirklichende Thätigkeit erfordern wird, die nicht schon selbst als Zueignung erschiene. Der Versuch, eine fremde Sache in seinen Gewahrsam zu bekommen um sie demnächst zu unterschlagen, kann jedenfalls nicht als versuchte Unterschlagung betrachtet werden[1]) und zwar vermöge der gesetzlichen Fassung des Thatbestandes der Unterschlagung[2]), nicht aber weil ein solches Bemühen, den Gewahrsam der Sache zu erlangen, an sich ungeeignet wäre als versuchte Unterschlagung zu erscheinen, denn es würde hierzu wohl geeignet sein, wenn es in Verbindung stände mit einer Handlung in der sich die Absicht der Aneignung bethätigte, z. B. mit einem diesen Bemühungen vorangegangenen Verkauf der Sache[3]). Als versuchte Unterschlagung wird insbesondere die versuchte Veräußerung der Sache zu betrachten sein, das erfolglose Anbieten der Sache zum Kaufe, zum Geschenke[4]).

Auch bei der Unterschlagung können alle Formen der Theilnahme vorkommen. Wer, wissend, daß es sich um eine Unterschlagung handelt, als Käufer, Geschenknehmer bei dem als Aneignungshandlung erscheinenden Acte der Veräußerung mitwirkt, ist Mitthäter[5]), dagegen ist nur Hehler, wer, wissend, daß die Sache mittelst einer vorangegangenen, nicht erst mittelst der Veräußerung verübten, Unterschlagung erlangt war, sie als Käufer, Geschenknehmer u. s. w. an sich bringt. Wer, wissend, daß es auf eine Unterschlagung ankommt, den Verkauf der Sache vermittelt, würde nur als Gehilfe zu strafen sein.

§ 105. Die Strafe der Unterschlagung ist Gefängniß bis zu drei Jahren, womit, wenn die Gefängnißstrafe wenigstens drei

---

1) Merkel a. a. O. III S. 708. Oppenhoff § 246 Nr. 60. Dagegen Schütze S. 445.

2) Vgl. oben S. 347. Dagegen Kapff S. 93.

3) Vgl. Binding a. a. O. S. 543 und das dort angeführte Beispiel.

4) Vgl. Olshausen § 246 Nr. 24. Die unterlassene Buchung Seitens des Einnehmers in der Absicht das empfangene Geld zu unterschlagen ist mit Unrecht als Vollendung, nicht bloß als Versuch beurtheilt worden. Schwarze § 246 Nr. 25. Merkel a. a. O. Ueber die Frage ob Ableugnung des Besitzes als Versuch oder Vollendung zu betrachten sei, oben S. 351.

5) Merkel a. a. O. Oppenhoff § 246 Nr. 61. Rsprch. I S. 831 bezeichnen ihn als Theilnehmer, ohne anzugeben ob Mitthäterschaft oder Beihilfe anzunehmen sei, Olshausen § 246 Nr. 25 als Gehilfen, Schwarze Comment. S. 117 nimmt Mitthäterschaft an.

Digitized by Google

Monate beträgt, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verbunden werden kann. Wenn aber die Sache dem Thäter anvertraut war, ist die Strafe Gefängniß bis zu fünf Jahren. Sind mildernde Umstände vorhanden, deren Annahme auch bei der Unterschlagung der anvertrauten Sache zulässig ist, so kann auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Die Unterschlagung ist regelmäßig von Amtswegen zu verfolgen, dagegen ebenso wie der Diebstahl nur auf Antrag, wenn sie gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher verübt wurde, oder wenn einer Person, zu welcher der Thäter im Lehrlingsverhältnisse steht, oder in deren häuslicher Gemeinschaft er als Gesinde sich befindet, Sachen von unbedeutendem Werthe unterschlagen wurden. Straflos bleibt wie der Diebstahl auch die Unterschlagung die von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den andern begangen wurde[1]).

1) Strfgb. § 247. Vgl. oben S. 306.

Digitized by Google

## Neuntes Kapitel.
# Raub und Erpressung.

### Literatur.

Hälschner System II S. 520 f. — Köstlin Abhandlungen S. 389 f. — Ofenbrüggen Abhandlungen S. 84 f. — Villnow Raub und Erpressung 1875. — von Buri im Gerichts-Saal 1878 Beilageheft. — Schwarze in Weiske Rechts-Lexikon Bd. IX S. 1 f. — Wahlberg in Holtzendorff R.-Lexikon III S. 260. — Wächter im Gerichts-Saal 1875 S. 161 f. — Geyer ebenda S. 379 f. — Katz ebenda 1879 S 424 f. — Glaser Abhandlungen S. 169 f. — Dalke in Goltdammer Arch. XVII S. 10 f. — Wanjeck ebenda XXVII S. 194 f.

### 1. Thatbestand des Raubes.

§ 106. Das deutsche Strafgesetzbuch hat den Thatbestand des Raubes, wie die Motive hervorheben, im Anschlusse an das ältere gemeine Recht und die Volksansicht normirt. Hiernach hat der Raub, der Auffassung der Rechtsquellen des Mittelalters entsprechend, den Thatbestand des Diebstahls zur Voraussetzung und unterscheidet sich von diesem nur durch die Art seiner Verübung. Das ältere deutsche Recht findet den Unterschied lediglich darin, daß es bei dem gewöhnlichen Diebstahle heimliche, bei dem Raube offene Verübung der Entwendung voraussetzt, und darum, den sittlichen Anschauungen der Zeit entsprechend, den Raub als das geringer strafbare, namentlich nicht entehrende Verbrechen betrachtete. Daß der offen verübte Diebstahl häufig Abwehr und Widerstand des Berechtigten oder anderer Personen hervorrief, darum oft mit Gewaltübung gegen die Person in Verbindung trat, erschien einer Zeit die daran gewöhnt war und es als Regel betrachtete, daß Jeder zum Schutze seines Rechtes auf sich selbst und die eigene Kraft angewiesen war, als der untergeordnete Gesichtspunkt. Bei geordneten, den Rechtsfrieden sichernden staatlichen Zuständen er-

Digitized by Google

scheint umgekehrt der Angriff auf die persönliche Sicherheit und Integrität als der für den Thatbestand des Raubes entscheidende Gesichtspunkt, nicht die offene Verübung des Diebstahls, wenn sie mit solchem Angriffe nicht verbunden ist. Die mit der Verübung des Diebstahls in Verbindung tretende Gefährdung der Person und die in solchem Angriffe sich kund gebende größere Energie des verbrecherischen Willens erscheint nach unserer heutigen Auffassung als entscheidend für das höhere Maß der Schuld und Strafbarkeit des Raubes.

Mit dem Raube hat das Strafgesetzbuch die Erpressung zusammengefaßt, deren Thatbestand, noch in der gemeinrechtlichen Doctrin unseres Jahrhunderts ein äußerst schwankender, erst durch die neuere Gesetzgebung eine festere Gestalt gewonnen hat. Die Erpressung kommt mit dem Raube darin überein, daß sie ein mittelst Zwanges gegen die Person verübtes, gegen das Vermögen gerichtetes Delict ist, und im Verhältnisse zu den Thatbestandsmomenten, in denen sie übereinstimmen, erscheinen allerdings die beide Delicte unterscheidenden von so untergeordneter Bedeutung, daß die gesetzliche Unterscheidung von Raub und Erpressung als zweier verschiedenen Delicte ihre Erklärung nur in der historischen Entwickelung findet, während es an sich sehr wohl möglich und sachgemäßer sein würde, beide Delicte nur als verschiedene Begehungsformen des einen und selbigen, der rechtswidrigen Abnöthigung eines Vermögensvortheils zusammenzufassen[1]). Endlich hat das Strafgesetzbuch mit dem Raube in Rücksicht auf die Uebereinstimmung in Betreff des Objectes der Rechtsverletzung und des Maßes der Schuld noch den mit Gewalt gegen die Person concurrirenden Diebstahl zusammengefaßt[2]).

§ 107. Der Raub[3]) hat als ein gegen das Vermögen gerichtetes Verbrechen den Thatbestand des Diebstahls zur Voraussetzung. Das Gesetz definirt aber den Thatbestand des Raubes nicht dahin, daß er ein in besonderer Weise verübter Diebstahl sei,

---

1) Vgl. von Buri a. a. O. S. 6.

2) Villnow a. a. O. S. 2 f. behandelt darum den Raub im engeren, gesetzlichen Sinne und den gewaltsamen Diebstahl als Unterarten des Raubes im weiteren Sinne, was jedenfalls der Auffassung des Gesetzes nicht entspricht, das den gewaltsamen Diebstahl zwar der Strafbarkeit nach dem Raube gleichstellt, aber ihn nicht als einen Raub im weiteren Sinne betrachtet.

3) Strfgb. § 249.

Digitized by Google

sondern fordert für seinen Thatbestand nur die gleichen Thatbestandsmomente wie für den Diebstahl. Daraus folgt einerseits, daß der Raub nicht beschränkt ist auf diejenigen Entwendungen, welche nach § 242—244 als Diebstahl, im engeren und technischen Sinne des Wortes, zu bestrafen sind, daß vielmehr, wenn die weiteren Erfordernisse hinzukommen, auch diejenigen Entwendungen als Raub zu strafen sind, die das Gesetz als straflosen Diebstahl, § 247, oder überhaupt nicht als Diebstahl bezeichnet und bestraft, wie den s. g. Mundraub, § 370 Nr. 5, oder den Holz- und Waldfrevel[1]), andrerseits, daß die weiteren auf die strafrechtliche Behandlung des Diebstahls sich beziehenden Vorschriften des Gesetzes bei dem Raube keine Anwendung finden. Der Raub erfordert hiernach in dem gleichen Sinne wie der Diebstahl als Object eine fremde bewegliche Sache, als Handlung das Wegnehmen derselben aus dem Gewahrsam eines Andern, die gleiche Gestaltung des Dolus, und den gleichen Erfolg, die rechtswidrige Aneignung der Sache. Auch hier kehrt darum wieder die gleiche oben erörterte Streitfrage, ob die Absicht sich durch unentgeltliche Aneignung zu bereichern erfordert werde, ob und inwiefern das Wegnehmen der Sache in der Absicht Selbsthilfe zu üben, einen Tausch zu erzwingen, die Sache zu zerstören, die Beurtheilung der That als Raub ausschließt oder nicht.

Der Thatbestand der Raubes erfordert ferner die Anwendung von Gewalt gegen eine Person oder von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, und zwar als Mittels der Verübung des Diebstahls. Es wird also vorausgesetzt, daß Gewalt oder Drohung zu dem Zwecke angewandt wurden, das Widerstreben des Verletzten gegen die Wegnahme zu brechen, oder seinem erwarteten Widerstande zuvorzukommen, wonach es dem Raube wesentlich ist, daß mit dem Diebstahle als Mittel seiner Verübung ein Zwang gegen die Willensfreiheit concurrirt.

Wenn das Gesetz bei dem Raube wie bei der Nöthigung als Mittel der Verübung Gewalt und Drohung unterscheidet, so ergiebt sich, daß auch hier das Wort Gewalt nicht in dem Sinne eines gegen den Willen geübten Zwanges überhaupt, der auch mittelst Drohung möglich ist, sondern in dem Sinne physischer Gewalt gebraucht ist, und zwar, da die als vis compulsiva

---

1) Merkel a. a. O. S. 717. v. Buri a. a. O. S. 10. Oppenhoff § 249 Nr. 5. Entsch. VI S. 325.

Digitized by Google

wirkende physische Gewalt als Bedrohung erscheint, in dem Sinne einer als vis absoluta wirkenden physischen Gewalt. Streitig ist hierbei aber die Frage ob eine unmittelbar gegen die Person gerichtete Gewalt gefordert wird, oder ob auch die nur mittelbar geübte Gewalt genüge[1]).

Weil für den Thatbestand der Nöthigung nur dies wesentlich ist, daß mittelst Gewalt oder Drohung Zwang gegen den Willen geübt werde, erscheint die Art der Gewaltübung indifferent, und jede Thätigkeit durch die der Genöthigte in den Zustand der Vergewaltigung, des Duldenmüssens versetzt wird, ist als Gewalt zu betrachten, mag sie im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauches eine gewaltsame sein oder nicht, gegen den Körper des Genöthigten oder gegen was sonst sich richten. Bei dem Raube aber zieht das Gesetz der Gewalt engere Grenzen dadurch, daß es nicht Gewalt schlechthin, sondern Gewalt gegen eine Person erfordert. Daraus kann nur gefolgert werden, daß diejenige Thätigkeit mittelst deren Zwang geübt wird, unmittelbar gegen die Person des Vergewaltigten gerichtet sein, weiter aber auch dies, daß diese Thätigkeit im engeren Sinne als eine gewaltsame erscheinen muß. Letzteres ergiebt sich schon daraus, daß der Gewalt gegen die Person die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gleichgestellt, also offenbar eine die leibliche Integrität gefährdende Gewaltübung vorausgesetzt wird, weiter aber auch daraus, daß, wo das Gesetz nicht Gewalt schlechthin, sondern eine näher bestimmte Art der Gewaltübung fordert, es als Mittel Zwang gegen die persönliche Freiheit zu üben neben der Drohung nicht nur Gewalt, sondern auch List nennt, dem entsprechend bei der Nothzucht Verübung mittelst Gewalt oder Drohung oder Herbeiführung eines willenlosen oder bewußtlosen Zustandes unterscheidet[2]). Nach diesem, der früheren gemeinrechtlichen Auffassung des Raubes wie der Volksansicht entsprechenden, Sprachgebrauche des Gesetzes muß die Verübung des Raubes mittelst eines den möglichen Widerstand ausschließenden und die persönliche Freiheit beeinträchtigenden listigen Benehmens als ausgeschlossen betrachtet werden[3]).

---

1) Vgl. insbesondre v. Buri a. a. O. S. 13 f. Villnow a. a. O. S. 19 f.

2) Auf § 177 hatte Villnow S. 20 zur Erläuterung des Begriffes Gewalt in § 249 hingewiesen, während v. Buri S. 18 darauf kein Gewicht legen will, aber die hier vor allem in Betracht kommenden §§ 234—236 unberücksichtigt läßt.

3) Wächter Abhdlg. S. 285. Köstlin a. a. O. S. 391. Merkel

Digitized by Google

Es ist hiernach kein Raub, wenn der Thäter unerwartet einem Andern die in der Hand gehaltene Sache entreißt, die Uhr an der Kette aus der Tasche zieht und davon läuft, denn die dazu erforderliche Kraftäußerung ist nicht Gewalt im Sinne des Gesetzes, am wenigsten Gewalt gegen die Person, da der Verletzte keinen Augenblick in seiner Freiheit beschränkt war, vielmehr nur in Folge der Ueberraschung von ihr nicht den entsprechenden Gebrauch machte[1]). Es ist kein Raub, obwohl ein Zwang gegen die Freiheit geübt wird, wenn der Dieb dem erwarteten Widerstande eines Andern dadurch zuvorkommt, daß er das Zimmer in dem er sich befindet, verschließt, daß er ihn durch listiges Beibringen eines betäubenden Mittels widerstandsunfähig macht, daß er ihn durch Täuschung veranlaßt sich in einen Zustand zu versetzen oder versetzen zu lassen, in welchem er verhindert ist von seiner Freiheit Gebrauch zu machen[2]).

Wenn man derartige Fälle als die einer mittelbaren Gewaltübung gegen die Person bezeichnet[3]), so ist dies einerseits darum unrichtig, weil hier der persönlichen Freiheit nicht mittelbar, sondern unmittelbar ein Zwang angethan wird, andrerseits darum, weil der Zwang im Sinne des Gesetzes nicht mittelst Gewalt, sondern mittelst List zugefügt wird. Mag man also immerhin einen jeden Zustand, in welchem Jemand des vollen Gebrauches seiner persönlichen Freiheit beraubt ist, als einen Zustand der Vergewaltigung bezeichnen, so ist doch für den Thatbestand des Raubes nicht dieser Zustand an sich selbst, sondern die Art wie er herbeigeführt wurde, der Umstand entscheidend, daß er das Ergebniß einer Gewaltübung, nicht eines listigen Benehmens ist.

Der Raub ist hiernach mit Gewalt gegen die Person nur dann verübt, wenn zu dem gedachten Zwecke die physische Gewalt unmittelbar gegen den Körper des Verletzten gerichtet war und damit zugleich seiner Freiheit ein Zwang angethan wurde. Dagegen hat die räuberische Gewaltübung nicht zur Voraussetzung, daß sie in einem den geleisteten Widerstand brechenden oder den

---

a. a. O. S. 718. Billnow S. 9. Oppenhoff § 249 Nr. 9. Schwarze § 249 Nr. 3. Dagegen v. Buri a. a. O. S. 17.

1) Oppenhoff § 249 Nr. 6. Schwarze § 249 Nr. 4.

2) Merkel a. a. O. Dagegen H. Meyer S. 544. v. Buri S. 18.

3) v. Buri a. a. O. Merkel a. a. O. S. 726 unterscheidet in Betreff der Erpressung die direct und die nur indirect gegen die Person geübte Gewalt. Dagegen Wächter im G.-Saal 1875 S. 167.

Digitized by Google

beabsichtigten hindernden Zwange bestehe, daß der Verletzte in der wirklich versuchten Bethätigung des Widerstrebens von Anfang an gehindert oder in ihr unterbrochen worden sei[1]), ebensowenig dies, daß der Vergewaltigte den gegen ihn geübten Zwang als solchen empfinde[2]). Nur darauf kommt es an, daß der geleistete Widerstand gebrochen, dem erwarteten zuvorgekommen werde und zwar mittelst Gewalt, und es liegt unbedenklich Raub vor, wenn der Vergewaltigte, noch bevor er sich dessen bewußt geworden war, daß ein Raub beabsichtigt sei, durch einen Schlag auf den Kopf betäubt, und der Raub an dem Bewußtlosen verübt wurde[3]).

Der gegen die persönliche Freiheit mittelst räuberischer Gewalt geübte Zwang hat nicht die Willensfreiheit im rechtlichen Sinne, die eines zurechnungsfähigen Menschen zur Voraussetzung, sondern nur dies, daß ein Mensch an der gewollten Bethätigung seiner Muskelkräfte mit Gewalt gehindert wurde, und auch an dem unzurechnungsfähigen Kinde und Geisteskranken kann Raub begangen werden, wenn mit Gewalt der geleistete Widerstand gebrochen oder dem erwarteten zuvorgekommen wurde[4]).

Daß die Gewalt gegen die Person geübt werde, welche die Sache im Gewahrsam hat, ist nicht erforderlich, jedoch bedingt der vorausgesetzte Zweck der Gewaltübung, daß die Gewalt, wenn nicht

---

1) So Merkel a. a. O. S. 717.

2) So Villnow a. a. O. S. 23. Olshausen § 249 Nr. 5. Dagegen v. Buri a. a. O. S. 19. Gewiß wird der Verletzte einen ihn betäubenden Schlag empfinden, aber er empfindet ihn damit noch nicht als einen gegen seine Freiheit gerichteten Zwang, als eine räuberische Gewalt.

3) Mit Recht führt v. Buri gegen Merkel und Villnow aus, daß auch der Bewußtlose beraubt werden könne, aber dies doch nur unter der Voraussetzung, daß der Thäter mit Gewalt den Zustand der Bewußtlosigkeit herbeiführte, nicht wenn er durch List bewirkt wurde, nicht wenn der Thäter diesen Zustand vorfand. Weil man an dem Bewußtlosen durch Tödtung, Verwundung Gewalt üben könne, so nach v. Buri auch räuberische Gewalt, indem ihm z. B. die Sache aus der krampfhaft geschlossenen Hand entrissen wird, wobei aber übersehen ist, daß man den Bewußtlosen und Willenlosen wohl mit Gewalt an Leben und Gesundheit beschädigen, aber nicht, worauf es bei dem Raube ankommt, Zwang gegen seine Willensbethätigung üben kann. Das Binden eines Schlafenden ist nicht räuberische Gewalt, und würde, wenn er, bevor er erwacht, wieder losgebunden wird, gar nicht in Betracht kommen, im andern Falle als eine mit dem Diebstahle concurrirende Freiheitsberaubung.

4) Villnow a. a. O. S. 14.



Digitized by Google

gegen den Inhaber der Sache, so gegen die Person verübt werde, welche thatsächlich die Sache gegen Wegnahme schützt, darum Widerstand leistet oder erwarten läßt[1]).

Der Anwendung physischer Gewalt stellt das Gesetz gleich die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Als eine den Leib bedrohende Gefahr wird nicht eine jede die Anwendung physischer Gewalt drohende betrachtet werden können, denn wenn zwar eine jede gegen die persönliche Freiheit gerichtete Gewalt auch einen Zwang gegen den Leib übt und ihn in der freien Bethätigung seiner Kräfte behindert, so wird doch eine mehr nicht als dies drohende Gefahr, z. B. die eingesperrt, festgebunden zu werden, als ausgeschlossen, und als den Leib bedrohend nur diejenige zu betrachten sein, welche eine Gesundheitsbeschädigung, Körperverletzung in Aussicht stellt[2]). Die Gefahr muß eine gegenwärtige, eine solche sein, die den Angriff auf Leib und Leben sofort erwarten läßt, weil eine auf die Zukunft sich beziehende Drohung die begründete Aussicht offen läßt, die Sache, ohne eine Gefahr besorgen zu müssen, gegen Diebstahl schützen zu können, und weil darum eine derartige Drohung, auch wenn sie sich wirksam erweisen sollte, nicht geeignet ist der räuberischen Gewalt gleichgestellt zu werden[3]). Aus dem gleichen Grunde ist eine gegen Vermögen und Ehre gerichtete Drohung, die ihrer Natur nach eine gegenwärtige Gefahr

---

1) Gegen Villnow, der Gewalt gegen diejenige Person fordert, die den Thäter hindert, v. Buri S. 23. Vgl. Motive z. II Entwf. § 244, die vom Inhaber sprechen, worunter hier nicht der Inhaber im eigentlichen Sinne, sondern jeder die Sache Schützende, z. B. ein Dienstbote, ein Wächter u. s. w. zu verstehen sein wird. Olshausen § 249 Nr. 8. Schwarze § 249 Nr. 5. Merkel a. a. O. S. 719.

2) Auch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch ist bei dem um der Alliteration willen festgehaltenen Ausdrucke „Leib und Leben" unter Leib die körperliche Integrität, Gesundheit zu verstehen. v. Buri S. 24 will zwischen geringfügiger Gefahr, z. B. der einer körperlichen Mißhandlung durch Schläge, und einer erheblichen unterscheiden, und bei der Bedrohung mit jener nicht Raub, sondern Erpressung annehmen. Der Unterschied von Raub und Erpressung ist aber in dieser Beziehung ein anderer, worüber unten.

3) Es sind überflüssige Schwierigkeiten die sich v. Buri a. a. O. S. 25 f. durch die Bedenken, die wohl Niemand theilen wird, bereitet, daß jede Drohung sich auf die Zukunft beziehe, aber auch jede sogleich durch Furchterregung sich wirksam erweise, deshalb es schwer sei zu sagen, welche Gefahr eine gegenwärtige sei. Die von ihm geforderte „dringende Gefahr" würde gewiß eher Schwierigkeiten bereiten als die „gegenwärtige".

Digitized by Google

nicht mit sich bringt, ausgeschlossen. Daß die Drohung gegen den sich richte, dessen Widerstand gebrochen werden soll, ist nicht erforderlich, auch nicht dies, daß der Drohende wirklich entschlossen war den gedrohten Angriff zu verüben, wofern sie nur in der Art stattfand, daß der Bedrohte sie als ernstlich gemeint auffassen mußte[1]). Die Drohung kann nicht bloß in wörtlicher Fassung, sondern auch durch Geberden, concludente Handlungen, insbesondre auch durch Anwendung physischer Gewalt die eine Fortsetzung und Steigerung ihrer Wirksamkeit besorgen läßt, kund gegeben werden[2]).

Die Gewaltübung oder Drohung muß mit dem Diebstahle im Causalzusammenhange stehen, und von dem Thäter in der Absicht verübt sein ein der Verübung des Diebstahls entgegenstehendes Hinderniß zu beseitigen, muß also von ihm als Bedingung des zu verübenden Diebstahls und mit diesem im Causalzusammenhange stehend gedacht und gewollt sein[3]), womit sich von selbst ergiebt, daß es kein Raub ist, wenn nach einer in anderer Absicht verübten Vergewaltigung der Thäter die sich darbietende Gelegenheit benutzt und einen erst jetzt beschlossenen Diebstahl begeht[4]), obwohl auch in solchem Falle der Zwang und der Diebstahl in ursächlichem Zusammenhange stehen. Neben dem Vorsatze in der angegebenen Absicht Zwang zu üben, ist zum Thatbestande des Raubes der gleiche Dolus wie zum Diebstahle erforderlich.

Die Vollendung des Raubes erfordert außer der verübten Gewalt oder Bedrohung auch die Vollendung des Diebstahls. Die Anwendung von Gewalt oder Drohung die nicht zur Vollendung des Diebstahls führt, würde also nur als Versuch des Raubes zu strafen sein, unter der Voraussetzung, daß sie unter Umständen erfolgt, welche die Absicht erkennen lassen Zwang zum Zwecke des

---

1) Merkel a. a. O. S. 718. Dagegen v. Buri S. 27.

2) Schwarze § 249 Nr. 7.

3) Merkel a. a. O. S. 719. H. Meyer S. 543. Wächter Deutsch. Strfr. S. 431. Nicht nur die Bedingungen des Erfolges setzende, sondern auch die Hindernisse desselben beseitigende Thätigkeit steht mit dem Erfolge in causalem Verhältnisse, und es ist nur die Folge unrichtiger Auffassung der Causalität, wenn Villnow in Goltd. Arch. XXIV S. 115. Pfizer im G.-Saal 1875 S. 549. Olshausen § 249 Nr. 5 die Gewalt, Drohung als den Diebstahl ermöglichend, aber nicht verursachend betrachten.

4) Merkel, H. Meyer, Wächter a. a. O. Schwarze § 249 Nr. 2a. Villnow Raub S. 23. v. Buri a. a. O. S. 22. Dagegen Oppenhoff § 249 Nr. 7.

Digitized by Google

Stehlens zu üben[1]). Dagegen erfordert der Versuch des Raubes nicht noch eine weitere Thätigkeit, die an sich betrachtet als Versuch des Diebstahls zu betrachten wäre[2]). Ein Anfang der Ausführung des Diebstahls, sollte er auch in der Absicht zu rauben stattfinden, würde, sofern mit dem Zwange noch kein Anfang gemacht ist, niemals als versuchter Raub zu betrachten sein, weil in solchem Diebstahlsversuche die Absicht zu rauben sich in keiner Weise bethätigt[3]), und von einem Anfange der Ausführung des Raubes nicht die Rede sein kann.

Wenn Mehrere an der Verübung eines Raubes Theil genommen haben, so erscheinen diejenigen als Mitthäter, welche Zwang gegen die Person oder eine Diebstahlshandlung verübt oder sich beider Arten von Thätigkeit schuldig gemacht haben, vorausgesetzt, daß sie alle in der gemeinsamen Absicht einen Raub zu verüben handelten, daß also diejenigen, welche nur Zwang übten, es thaten um den Anderen den Diebstahl zu ermöglichen, daß diejenigen, welche nur stahlen, in der Absicht handelten, den von Anderen geübten Zwang sich als Mittel zur Verübung des Diebstahls dienen zu lassen. Wer in anderer Weise wissentlich zur Verübung eines Raubes mitwirkte, kann nur entweder als Anstifter oder als Gehilfe der Thäter in Betracht kommen[4]).

---

1) Vgl. Merkel a. a. O. S. 723. v. Buri a. a. O. S. 72 f. Olshausen § 249 Nr. 14.

2) Vgl. Motive a. a. O. Merkel a. a. O. S. 717. Villnow a a. O. S. 54. v. Buri a. a. O. S. 69.

3) Oppenhoff § 249 Nr. 14. Olshausen § 249 Nr. 14 nehmen in solchem Falle versuchten Raub an, letzterer mit der Bemerkung, daß kaum jemals der Beweis des Raubversuches zu führen sein werde.

4) Die Frage wer als Mitthäter, wer nur als Gehilfe anzusehen sei, wird natürlich nach der Verschiedenheit der Begriffsbestimmung von Mitthäterschaft und Beihilfe beantwortet werden. Vgl. Oppenhoff § 249 Nr. 12. Schwarze § 249 Nr. 6. Merkel a. a. O. S. 724. v. Buri a. a. O. S. 40. Olshausen § 249 Nr. 15. H. Meyer S. 546. Damit Jemand der den Vergewaltigten bestiehlt als Mitthäter erscheine, genügt es nicht, wie Merkel annimmt, daß er von der Gewaltanwendung Anderer wisse und seine Thätigkeit im Zusammenhange mit dieser stehe, denn wer den von Anderen verübten Raub von Ferne beobachtet hat, und die Gelegenheit benutzt den bewußtlosen Beraubten zu bestehlen, ist nur Dieb, obwohl er von der verübten Gewaltanwendung weiß und sein Diebstahl mit ihr im Zusammenhange steht. Nicht nur das Wissen, sondern auch das Wollen der Gewaltanwendung Seitens Anderer ist erforderlich.

Digitized by Google

## 2. Strafe des Raubes.

§ 108. Die Strafe des Raubes ist Zuchthaus von einem bis zu fünfzehn Jahren, und wenn mildernde Umstände vorhanden sind Gefängnißstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, dagegen Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und bei mildernden Umständen Gefängniß nicht unter einem Jahre in den von dem Gesetze[1]) als qualificirter oder schwerer Raub behandelten Fällen. Diese Fälle sind folgende:

1) Derjenige Raub, bei dessen Begehung der Räuber oder einer der Theilnehmer am Raube Waffen bei sich führt. In Betreff dieses Falles gilt in allen Beziehungen das Gleiche wie von dem s. g. bewaffneten Diebstahle.

2) Der Raub, zu dem Mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben, und auch von diesem qualificirenden Momente gilt das Gleiche wie von dem s. g. Banden-Diebstahle.

3) Der Raub, der auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einer Eisenbahn, einem öffentlichen Platze, auf offener See oder einer Wasserstraße begangen wird[2]). Man hat, trotz dagegen erhobenen Widerspruches, geglaubt auf die herkömmliche gesetzliche Auszeichnung des Straßenraubes nicht verzichten zu dürfen, obwohl unter den heutigen Verhältnissen ein ausreichender Grund dafür mangelt, einerseits weil der in einem Hause verübte Raub für den Verletzten keineswegs als ein in allen Fällen weniger gefährlicher als der Straßenraub erscheint, andrerseits weil er eher ein noch höheres Maß verbrecherischer Energie und Kühnheit erfordert als dieser.

4) Der Raub, der zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude begangen wird, in welches sich der Thäter zur Begehung eines Raubes oder Diebstahls eingeschlichen, oder sich gewaltsam Eingang verschafft, oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte. Es entspricht dieser Fall des Raubes dem gesetzlich ausgezeichneten Falle des nächtlichen, in einem bewohnten Gebäude

---

1) Strfgb. § 250.

2) Vgl. Merkel a. a. O. S. 720. Villnow S. 31. v. Buri S. 40. Oppenhoff § 250 Nr. 4—5a. Olshausen § 250 Nr. 3. 4. Schwarze § 250 Nr. 3—6.

Digitized by Google

mittelst Einschleichens oder sich Verborgenhaltens verübten Diebstahls. Von diesem Falle abweichend wird hier erfordert, daß die That entweder in der Absicht zu rauben oder zunächst nur in der Absicht zu stehlen unternommen wurde, in welchem letzteren Falle dann bei Verübung der That die weitere Absicht den Diebstahl mittelst Gewalt gegen die Person zu verüben hinzugekommen sein muß. Es ist ferner hier dem Einschleichen und Sich-Verbergen gleichgestellt das gewaltsame Eindringen. Gewaltsam verschafft sich ohne Zweifel derjenige den Eingang in das Haus der einen Einbruch verübt, aber es liegt kein Grund vor das gewaltsame Eindringen auf den Einbruch zu beschränken[1]), vielmehr findet es auch dann statt, wenn ohne Einbruch der Eingang mittelst physischer Gewalt oder Drohung gegen eine Widerstand leistende Person erzwungen wird. Daß in dem bewohnten Gebäude zur Zeit der That ein Bewohner desselben anwesend war, wird hier so wenig wie bei dem nächtlichen Diebstahl gefordert, nur wird bei dem Raube vorausgesetzt, daß irgend ein Mensch anwesend war, gegen welchen zum Zwecke des Diebstahls Gewalt geübt wurde.

Während bei dem Diebstahle der Rückfall auch für den schweren Diebstahl eine weitere Erhöhung der Strafe zur Folge hat, ist der im Rückfalle verübte Raub in der Strafe dem schweren Raube gleichgestellt. Für den Raub im Rückfalle gelten die gleichen Bestimmungen wie für den Diebstahl im Rückfalle, jedoch mit der Abweichung, daß hier schon durch den ersten Rückfall die Rückfallsstrafe begründet wird, und daß die Vorbestrafung wegen Raubes oder wegen eines gleich einem Raube zu bestrafenden Verbrechens, d. h. wegen eines der in § 252 und 255 bezeichneten, erfolgt sein muß[2]).

Die Strafe des Raubes ist endlich Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliches Zuchthaus, wenn bei dem Raube ein Mensch gemartert oder durch die gegen ihn verübte Gewalt eine schwere Körperverletzung oder der Tod desselben verursacht worden ist[3]).

---

1) Es mag sein, daß man, wie Schütze S. 454 und Merkel S. 721 hervorheben, zunächst an eine Combination des nächtlichen und des Einbruchs-Diebstahls dachte, aber es darf darum nicht eine anders geartete Gewalt ausgeschlossen werden. Vgl. Schwarze § 250 Nr. 8. Oppenhoff § 250 Nr. 7. Olshausen § 250 Nr. 5. v. Buri S. 43. Villnow S. 36.

2) Vgl. Olshausen Vorbestrafung S. 122 f.

3) Strfgb. § 251.

Digitized by Google

Wenn hier gefordert wird, daß bei dem Raube ein Mensch gemartert worden sei, so kann es nicht genügen, daß bei Gelegenheit eines Raubes ein Martern stattgefunden habe[1]), vielmehr wird vorausgesetzt, daß die zum Zwecke des Raubes verübte Gewalt sich als ein Martern darstelle[2]). Das Martern erfordert jedenfalls eine schwere, heftige Schmerzen, körperliches Leiden verursachende Mißhandlung[3]), aber nicht eine jede derartige Mißhandlung wird schon an sich genügen um als ein Martern betrachtet zu werden, namentlich nicht dann, wenn der Räuber sie lediglich zu dem Zwecke verübte, den geleisteten Widerstand zu brechen, und unter den gegebenen Umständen es nicht anders vermochte. Ein Martern wird vielmehr nur dann angenommen werden können, wenn eine, das zur Vergewaltigung erforderliche Maß der Gewaltübung überschreitende, namentlich an dem Widerstandslosen fortgesetzte Mißhandlung absichtlich verübt wurde[4]).

Hat die vorsätzlich verübte räuberische Gewalt eine schwere Körperverletzung zur Folge gehabt[5]), so ist es für den Thatbestand gleichgiltig ob diese schwere Verletzung als solche beabsichtigt war (§ 225), oder ob sie als eine unabsichtlich eingetretene Folge erscheint (§ 224). Wenn dagegen der Tod sich als Folge der verübten Gewalt ergiebt, so wird vorausgesetzt, daß er nicht beabsichtigt war, da im andern Falle mit dem Raube vorsätzliche Tödtung concurriren würde. Wie bei der nach § 224 zu strafenden Körperverletzung und der nach § 226 zu strafenden Tödtung

---

1) Wie Billnow S. 28 und Oppenhoff § 251 Nr. 3 annehmen.

2) v. Buri S. 45. Schwarze § 251 Nr. 1. 2. Olshausen § 251 Nr. 2.

3) Merkel S. 722. Olshausen § 251 Nr. 3. v. Buri S. 45 will auch Peinigungen der Seele hierher rechnen.

4) Daß das Martern ein vorsätzliches sein müsse, kann nicht zweifelhaft sein, dagegen Schütze S. 454. Es kommt aber nicht nur auf eine vorsätzliche, heftigen Schmerz zufügende Thätigkeit, sondern weiter auch darauf an, daß der Räuber nicht nur den Zweck hatte den Widerstand zu überwinden, sondern auch den weiteren den Vergewaltigten Schmerzen erdulden zu sehen. Dies wohl die Meinung von Oppenhoff § 251 Nr. 1. v. Buri S. 46 und Rubo § 251 Nr. 3. Dagegen Merkel S. 722. Olshausen § 251 Nr. 3.

5) Die schwere Körperverletzung muß durch Gewalt herbeigeführt sein und „Gewalt" kann in § 251 keine andere Bedeutung haben als in § 249, wonach also eine durch Drohung verursachte Geisteskrankheit nicht hierher gehört. Schwarze § 251 Nr. 1. Billnow S. 39. Dagegen v. Buri S. 47.

Digitized by Google

geht auch in Betreff des § 251 die gemeine Meinung dahin, daß nur der ursächliche Zusammenhang der Verletzung und Tödtung mit der verübten Gewalt, nicht aber eine Fahrlässigkeit vorausgesetzt werde[1]). Auch hier muß gegen solche Auffassung eingewandt werden, daß unmöglich angenommen werden kann, das Gesetz habe einen nicht als verschuldet zuzurechenden Erfolg gleichwohl als ein wesentlich erhöhte Strafe bedingendes Moment behandeln wollen[2]). Gewiß wird dem, welcher räuberische Gewalt übt, die verursachte schwere Verletzung und der Tod ganz regelmäßig, als ein als möglich vorherzusehender und zu vermeidender Erfolg, zur Schuld zuzurechnen sein, aber die Strafe des § 251 muß in dem seltenen Ausnahmefall, daß eine Fahrlässigkeit erweislich nicht vorliegt, als ausgeschlossen betrachtet werden.

In allen Fällen, in denen wegen Raubes Zuchthausstrafe erkannt wird, kann zugleich auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden[3]).

Hat die räuberische Gewalt eine der bezeichneten schweren Folgen gehabt ohne daß der Raub vollendet wurde, so liegt nur ein Versuch des nach § 251 zu strafenden qualificirten Raubes vor[4]), wenn auch bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sein wird, daß der schweren Folge gegenüber die nicht vollendete Wegnahme der Sache nur ein verhältnißmäßig geringes die Strafbarkeit minderndes Moment ist.

Nach § 251 ist regelmäßig auch die Strafe der Theilnehmer an einem derartigen Raube zu bestimmen. Eine Ausnahme findet statt in Betreff derjenigen Theilnehmer, zu deren Gunsten die Bestimmung des § 59 geltend gemacht werden kann[5]), so in Betreff derjenigen gegen deren Wissen und Wollen Gewalt angewendet wurde, während die Verabredung nur auf einen mittelst Drohung zu verübenden Raub ging. Derjenige Theilnehmer mit dessen Wissen und Wollen Gewalt angewendet wurde, würde nicht nach

---

1) Fahrlässigkeit fordert Schütze S. 454.

2) Vgl. oben Bd. I S. 327.

3) Strfgb. § 256.

4) Dagegen v. Buri S. 48, der die volle Strafe des § 251 als verwirkt betrachtet.

5) Merkel a. a. O. S. 722. Billnow S. 39. Schwarze § 251 Nr. 4. Olshausen § 251 Nr. 7. Dagegen F. Meyer § 251 Nr. 5, der solche Unterscheidung verwirft und v. Buri S. 50, der nur den zu dem betreffenden Erfolge Mitwirkenden als nach § 251 zu strafen betrachtet.

Digitized by Google

§ 251 zu strafen sein, wenn gegen seinen Willen ein Martern stattgefunden hat[1]), da dieses eine über die Gewaltanwendung hinausgehende Absicht erfordert. Dagegen wird er, wenn die von einem andern Theilnehmer verübte Gewalt eine schwere Körperverletzung oder den Tod zur Folge hatte, die Verantwortlichkeit dafür in der Regel nicht ablehnen können, da er einen solchen Erfolg als einen möglichen vorhersehen konnte, und nur dann würde er ihn nicht zu verantworten haben, wenn er dem Thäter, welcher Gewalt übte nicht als verschuldet zugerechnet werden kann.

### 3. Räuberischer Diebstahl.

§ 109. Fordert der Thatbestand des Raubes, daß mit Gewalt oder unter Anwendung gefährlicher Drohung gestohlen worden sei, so ist vom Raube derjenige Diebstahl ausgeschlossen, nach dessen Verübung Gewalt gegen eine Person oder Bedrohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben angewandt wurde. Unter der Voraussetzung aber, daß der Dieb auf frischer That betroffen, solchen Zwang anwendet um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu behaupten, steht die That nach ihrer objectiven wie subjectiven Seite dem Raube gleich und es wird in solchem Falle allerdings angenommen werden dürfen, daß der Thäter sich auch nicht gescheut haben würde, zum Zwecke des Stehlens Zwang zu üben, wenn er vor Vollendung des Diebstahls auf Widerstand gestoßen wäre[2]).

Das Gesetz[3]) behandelt einen solchen Fall als einen gleich einem Raube zu strafenden qualificirten Diebstahl, und es sind darum auf ihn, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind, auch die §§ 250 und 251 anwendbar. Der Thatbestand des Verbrechens setzt voraus einen vollendeten Diebstahl[4]), gleichviel ob dies eine Entwendung ist, die das Strafgesetzbuch als Diebstahl im engeren Sinne des Wortes behandelt, oder eine andere, welche

---

1) In diesem wie in jenem Falle liegt ein Excess vor, vermöge dessen die Berufung auf § 59 begründet erscheint, und es ist nicht einzusehen, warum Merkel gegen Schwarze einen Excess nicht anerkennen will.

2) Motive z. II Entwf. § 247.

3) Strfgb. § 252.

4) Merkel a. a. O. S. 723. Schwarze § 252 Nr. 2. Rüdorff § 252 Nr. 3. Dagegen Schütze S. 455. Kirchmann zu § 252.

Digitized by Google

mittelst Zwanges verübt als Raub erscheinen würde[1]). Der Dieb muß auf frischer That betroffen sein, und das setzt allerdings voraus, daß er am Orte der That angetroffen wurde, aber nicht dies, daß auch die Gewaltübung hier stattgefunden haben müsse, denn wenn er am Orte der That angetroffen entflieht, verfolgt wird und dann gegen den Verfolger Zwang übt, so thut er es auch dann als auf frischer That betroffen[2]). Der Dieb muß Gewalt oder Drohung gegen denjenigen üben, der das Fortbringen des Gestohlenen zu verhindern bemüht ist und zwar zu dem Zwecke sich im Besitze desselben zu erhalten. Uebt er zu diesem Zwecke Zwang, so wird er es sicher zugleich zu dem Zwecke thun, um sich gegen Festnahme und womöglich auch gegen Bestrafung zu sichern, daß er aber lediglich um dieses letzteren Zweckes willen Gewalt geübt habe, wird füglich nur angenommen werden können, wenn er vor oder bei der Gewaltübung auf den Besitz des Gestohlenen durch Herausgeben, Wegwerfen verzichtete.

Die Vollendung des dem Raube gleich zu strafenden Diebstahls fordert, daß nach vollendetem Diebstahle zu dem gedachten Zwecke Gewalt oder Leib oder Leben gefährdende Drohung angewendet wurde, aber im Unterschiede vom Raube nicht, daß der Thäter seinen Zweck erreichte, also nicht, daß er sich mittelst Zwanges im Besitze des Gestohlenen behauptete[3]).

## 4. Erpressung.

§ 110. Das deutsche Strafgesetzbuch hat zwar ebenso wie das preußische mit dem Raube die Erpressung, als ein ihm nahe verwandtes Delict, in demselben Abschnitte zusammengefaßt, ist aber von letzterem in der Normirung des Thatbestandes in bedeutsamer Weise abgewichen. Es fordert die Absicht des Thäters einen Vermögensvortheil, nicht nur irgend welchen Vortheil, abzunöthigen;

---

1) Oppenhoff § 252 Nr. 2. Rüdorff § 252 Nr. 1. Rsprch. IV S. 449. Dagegen ohne ausreichenden Grund Schwarze § 252 Nr. 1. Puchelt § 252 Nr. 2. Olshausen § 252 Nr. 2. Goltd. Arch. XX S. 453.

2) Dagegen Villnow S. 41. Rubo § 252 Nr. 2. Olshausen § 252 Nr. 5. Es ist nicht einzusehen warum bei einem Verfolgen des Diebes das Antreffen am Orte der That immer ausgeschlossen erscheinen soll.

3) Villnow S. 54. v. Buri S. 53. Olshausen § 252 Nr. 8.

Digitized by Google

es bezeichnet als Mittel der Erpressung nicht nur Drohung sondern auch Gewalt; es beschränkt die Drohung nicht auf die mit Verübung eines Verbrechens oder Vergehens, und es beschränkt die Nöthigung nicht auf die zu einem Handeln oder Unterlassen, sondern fügt noch das Dulden hinzu.

Der Thatbestand der Erpressung[1]) erfordert hiernach 1) eine durch Gewalt oder Drohung verübte Nöthigung zum Handeln, Unterlassen oder Dulden, und wenn hier wie bei der Nöthigung in § 240 das Dulden vom Unterlassen unterschieden wird, so kann damit auch hier nur ein Geschehenlassen gemeint sein, das nicht auf eigner Entschließung des Duldenden beruht, sondern ihm durch ein Müssen auferlegt ist[2]). Insoweit also die Erpressung durch Gewalt verübt wird, bethätigt sich diese entweder als die ein Dulden auferlegende vis absoluta oder als die ein Handeln oder Unterlassen erzwingende vis compulsiva, als Drohung, und insoweit hat hier die Gewalt die gleiche Bedeutung wie bei der Nöthigung im Sinne des § 240. Das Gesetz behandelt aber in § 255 als einen gesetzlich ausgezeichneten Fall der Erpressung denjenigen, in welchem sie durch Gewalt gegen eine Person verübt wird, womit sich von selbst ergiebt, daß in § 253 das Wort Gewalt eine beschränktere Bedeutung hat als in § 240. Es sind hiernach bei dem Thatbestande der einfachen Erpressung im Sinne des § 253 ausgeschlossen diejenigen Fälle, in denen der Genöthigte, durch die gegen seinen Körper gerichtete Gewalt überwältigt, in einen Zustand des Duldens versetzt wird, da dies bei § 255 ebenso wie bei § 249 die vom Gesetze als Gewalt gegen die Person bezeichnete Gewalt ist. Dagegen kann die einfache Erpressung wie die Nöthigung durch eine jede andere als vis absoluta wirkende Thätigkeit verübt werden, also insbesondere durch eine Thätigkeit die sich unmittelbar an Sachen wirksam erweist, wofern sie nur dem Genöthigten einen als vis absoluta wirkenden Zwang auferlegt, und unter dieser Voraussetzung auch eine als listiges Benehmen erscheinende Thätigkeit[3]). Hier so wenig wie bei der Nöthigung ist es erforderlich, daß

1) Strfgb. § 253.

2) Dagegen Wächter im G.-Saal 1875 S. 168. Katz ebenda 1879 S. 429, die es als der Erpressung wesentlich betrachten, daß nur vis compulsiva geübt werde. Dagegen Merkel a. a. O. IV S. 418. Eine andere Frage ist freilich die, ob es nicht richtiger gewesen wäre, die einfache Erpressung auf die mittelst vis compulsiva verübte zu beschränken.

3) Das Verhältniß in welchem § 253 zu § 255 steht ist ein sehr be-

Digitized by Google

die vom Gesetze im Gegensatze zur Drohung als Gewalt bezeichnete Thätigkeit als eine gewaltsame im engeren Sinne des Wortes erscheine.

Physische Gewalt kann selbstverständlich auch bei der Erpressung nicht nur in der Form der vis absoluta, sondern auch der vis compulsiva geübt werden und erscheint im letzteren Falle als Drohung. Die durch Drohung verübte Erpressung weicht vom Thatbestande der Nöthigung insofern ab, als hier das Gesetz auf jede Beschränkung rücksichtlich der Beschaffenheit dessen was gedroht wurde, verzichtet hat. Es ist insbesondere nicht erforderlich, daß das Gedrohte widerrechtlich sei, denn auch die Androhung des Pflichtmäßigen, Berechtigten, Erlaubten kann geeignet sein und benutzt werden, den Genöthigten zu einem Handeln oder Unterlassen zu bestimmen[1]). Jedenfalls muß die das Handeln oder Unterlassen

strittenes. Weil § 255 von Gewalt gegen eine Person spricht, folgert man, daß § 253 Gewalt gegen Sachen meint, so Oppenhoff § 253 Nr. 2. Puchelt § 253 Nr. 2. F. Meyer § 253 Nr. 4. Wanjeck in Goltd. Arch. XXVII S. 199. Olshausen § 253 Nr. 22. Nicht wesentlich hiervon verschieden ist die Ansicht, daß § 255 eine direct gegen die Person gerichtete Gewalt fordere, für § 253 also die nur indirect die Person treffende übrig bleibe, so Merkel a. a. O. III S. 726. IV S. 417, ähnlich v. Liszt S. 297. 299. Hiergegen wird von Wächter a. a. O. eingewandt, daß die Gewalt immer nur eine gegen die Person gerichtete und sie direct treffende sei, was richtig ist, sofern unter Gewalt der dem Willen angethane Zwang verstanden wird, unrichtig, wenn Gewalt nur die Thätigkeit bezeichnet aus der sich das Gezwungensein des Genöthigten ergiebt. Wohl aber ist gegen die gedachte Ansicht einzuwenden, daß, wie es bei Anwendung von List geschehen wird, die Thätigkeit sich möglicherweise nicht gegen Sachen, sondern direct gegen die Person richtet, und doch eine Gewalt gegen die Person im Sinne des § 249 und 255 nicht vorliegt. Unhaltbar ist die Ansicht Wächter's a. a. O. und v. Buri's im G.-Saal 1878 Beilage S. 13. 56, vgl. auch Schwarze § 253 Nr. 4, daß Gewalt in § 253 nur einen geringeren, in § 255 einen höheren Grad der Gewalt gegen die Person fordere. Als unlösbar erklären den angeblichen Widerspruch von § 253 und 255 Geyer im G.-Saal 1875 S. 384. H. Meyer S. 570. Gewiß kommen § 253 und 255 darin überein, daß die einfache wie die schwere Erpressung mittelst eines als vis absoluta wirkenden Zwanges geübt werden kann, aber es ist nicht einzusehen warum nicht unterschieden werden könnte, je nach der näheren Beschaffenheit der Thätigkeit die jenen Zwang herbeiführt. Die für die einfache Erpressung übrig bleibenden Fälle der Verübung durch Gewalt, sind allerdings solche, welche, wie Merkel a. a. O. S. 727 bemerkt, außerhalb des volksthümlichen Begriffes der Erpressung liegen. Vgl. Hälschner im G.-Saal 1883 S. 1 f.

1) Merkel a. a. O. S. 727. v. Buri a. a. O. S. 60. Rsprch. I S. 345.

Digitized by Google

motivirende Furcht durch die Drohung hervorgerufen oder verstärkt worden sein, wonach derjenige nicht der Erpressung schuldig ist, welcher den ihm angebotenen Vermögensvortheil annimmt und das von seiner Seite gefürchtete Handeln oder Unterlassen sich damit abkaufen läßt[1]).

Die Drohung richtet sich nicht nothwendig gegen denjenigen von dem der Vermögensvortheil erpreßt werden soll, sondern kann sich auch gegen eine andere Person richten, indem der Thäter voraussetzt, daß jener sich durch das der andern Person drohende Uebel zu dem geforderten Handeln oder Unterlassen werde bestimmen lassen[2]). Auch die Vergewaltigung einer dritten Person kann das Mittel sein, um eine vis compulsiva gegen denjenigen zu üben von dem der Vortheil erpreßt werden soll, jedoch würde in solchem Falle eine einfache Erpressung nur dann vorliegen, wenn die Vergewaltigung auch dieser dritten Person nicht mittelst einer gegen den Körper gerichteten überwältigenden Macht herbeigeführt wurde. Die Drohung unterliegt aber bei der einfachen Erpressung den aus den §§ 254 und 255 sich ergebenden Beschränkungen, daß nicht gewisse schwere Verbrechen und gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben gedroht werden darf.

2) Die Nöthigung muß verübt sein um sich oder einem dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen. Als gegen das Vermögen gerichtetes Delict tritt die Erpressung ergänzend zum Raube hinzu und umfaßt jeden mittelst Zwanges gegen die Freiheit verübten nicht räuberischen Angriff auf das Vermögen. Ausgeschlossen von der Erpressung ist daher das nach § 249 zu strafende räuberische Wegnehmen, aber nicht das Wegnehmen einer Sache überhaupt, denn das Wegnehmen der eigenen Sache, wie das

---

1) Merkel a. a. O. S. 728. v. Buri a. a. O. S. 58. Schwarze § 253 Nr. 8. Oppenhoff § 253 Nr. 3. Olshausen § 253 Nr. 5. Rsprch. I S. 345. III S. 725. Da das Gesetz auf jede Begrenzung der Drohung verzichtet hat, wird es wesentlich darauf ankommen, daß im concreten Falle die durch Drohung verübte Nöthigung richtig abgegrenzt werde gegen die Fälle, in denen Jemand durch seine Aeußerungen den Andern zu einem Handeln oder Unterlassen zwar veranlaßt aber nicht nöthigt, weil das was er in Aussicht stellt nicht als ein Uebel betrachtet werden kann, das geeignet wäre einen psychologischen Zwang zu üben. Im Uebrigen gilt hier von der Drohung das Gleiche wie bei der Nöthigung. Vgl. oben S. 122.

2) Schwarze § 253 Nr. 11. Villnow a. a. O. S. 12. Oppenhoff § 253 Nr. 3.

Digitized by Google

in einer nicht auf Zueignung gerichteten Absicht verübte Wegnehmen der fremden Sache kann als Erpressung erscheinen. Der vom Thäter erstrebte Vortheil kann also bestehen in der Erlangung einer Sache die in nicht räuberischer Weise weggenommen oder zu deren Herausgabe der Andere genöthigt wurde, aber auch in dem Erwerbe irgend eines vermögensrechtlichen Anspruches, in der Befreiung von einer Verbindlichkeit, in der Beseitigung einer dem Vermögen drohenden Gefahr durch Abwendung eines Prozesses, Vernichtung von Beweismitteln u. s. w. Die Frage was als Vermögensvortheil zu betrachten sei, ist bei der Erpressung durchaus in der gleichen Weise zu beantworten wie bei dem Betruge[1]). Hiernach erfordert der Vermögensvortheil, daß eine Wertherhöhung des Vermögens in irgend welcher Weise, ein pecuniärer Vortheil erlangt worden sei[2]), mag es auch vorkommen, daß er, obwohl an sich zweifellos, sich nicht genau ziffermäßig ausdrücken läßt. Die Frage ob eine Wertherhöhung des Vermögens eingetreten sei, oder, wenn der Thäter seine Absicht erreicht hätte, eingetreten sein würde, ist auch hier nur zu beantworten indem der Tauschwerth zum Maßstabe dient. Daraus folgt, daß wo an diesem Maßstabe gemessen eine Wertherhöhung des Vermögens sich nicht ergiebt, ein Vortheil wie ihn die Erpressung erfordert, mangelt, mag es auch der Thäter vom Standpunkte seines individuellen Interesses aus es als einen Vortheil betrachten einen Werth zu erlangen, für welchen der Genöthigte das volle Aequivalent oder vielleicht mehr als dies bereits besitzt oder empfängt[3]). Es würde in solchen Fällen zwar bedingungsweise eine strafbare Nöthigung, aber nicht Erpressung vorliegen.

Der vom Thäter erstrebte Vortheil muß zugleich ein rechtswidriger sein. Die Rechtswidrigkeit des Vortheils erfordert jedenfalls, daß der Thäter auf denselben kein Recht habe, und darum ist von der Erpressung die Abnöthigung eines Vortheils ausge-

---

1) Vgl. oben S. 272 f.

2) Merkel a. a. O. III S. 730. Billnow a. a. O. S. 49. Katz im G.-Saal 1879 S. 440. Waag ebenda S. 243. Olshausen § 253 Nr. 9. 10. Rsprch. II S. 325. 599. V S. 94. Der Einwand, daß eine Wertherhöhung des Vermögens nicht erforderlich sei, weil auch Sicherung des Vermögens, Erleichterung seiner Realisirbarkeit ein Vermögensvortheil sei, ist unrichtig, weil auch diese Vortheile wesentlich mitbestimmend sind für den Werth des Vermögens.

3) Vgl. oben S. 273. Merkel a. a. O. S. 731.

Digitized by Google

schlossen auf welchen dem Thäter ein Recht zusteht. Aber auch hier kommt wie bei dem Betruge in Betracht, daß der Vermögensvortheil den Jemand erstrebt ohne ein Recht auf ihn zu haben, nicht schon darum ein rechtswidriger ist, vielmehr auch ein erlaubter sein kann und als solcher kein rechtswidriger ist. Ebensowenig ist der Vortheil ein rechtswidriger darum, weil er in rechtswidriger Weise mittelst Gewalt oder Drohung erstrebt wird, sondern hier wie bei dem Betruge nur dadurch, daß der Thäter ihn mittelst rechtswidriger Beschädigung des Vermögens eines Andern zu erlangen sucht, daß dem Vermögensvortheil auf der Seite des Thäters die Vermögensbeschädigung auf der Seite des Andern entspricht[1]). Allerdings hat das Gesetz bei der Erpressung, abweichend vom Thatbestande des Betruges, die Vermögensbeschädigung nicht ausdrücklich als Thatbestandsmoment bezeichnet, aber auch nach der Fassung des Gesetzes läßt die Rechtswidrigkeit des Vortheils keine andere Deutung zu[2]).

3) In subjectiver Beziehung erfordert die Erpressung die Absicht des Thäters auf Kosten des Vermögens eines Andern, der nicht nothwendig der Genöthigte zu sein braucht, sich selbst oder einem Andern einen pecuniären Vortheil, dessen er sich als eines rechtswidrigen bewußt ist, zuzuwenden und zwar mittelst Anwendung von Gewalt oder Drohung[3]). Der Erpressung ist also zwar die auf rechtswidrige Bereicherung gehende Absicht wesentlich, nicht aber das Motiv der Gewinnsucht.

4) Die Vollendung der Erpressung erfordert, abweichend vom Betruge, nicht, daß der beabsichtigte Vortheil erreicht, das Vermögen eines Andern beschädigt worden sei, dagegen, abweichend vom preußischen Strafgesetzbuche, das schon den Versuch der Nöthigung als ausreichend zur Vollendung der Erpressung bezeichnete, die vollendete Nöthigung. Ist aber der Verletzte wirklich zu dem vom Thäter erstrebten Handeln, Dulden oder Unterlassen genöthigt

---

1) Vgl. oben S. 273. Merkel a. a. O. S. 733. Binding Normen II S. 561. Schütze S. 456. v. Buri a. a. O. S. 65. Waag a. a. O. S. 250. Katz a. a. O. S. 65. Oppenhoff § 253 Nr. 5. F. Meyer § 253 Nr. 5. Olshausen § 253 Nr. 11. Vgl. Rsprch. I S. 481. II S. 325. III S. 128. IV S. 18.

2) Schwarze § 253 Nr. 12. v. Liszt S. 297 betrachten die Vermögensbeschädigung nicht als erforderlich.

3) Schwarze § 253 Nr. 13. Oppenhoff § 253 Nr. 4. Olshausen § 253 Nr. 18. 19. Vgl. dagegen Binding a. a. O. S. 562.

Digitized by Google

worden, so wird damit regelmäßig auch der beabsichtigte Erfolg, Verschaffung des rechtswidrigen Vortheils, herbeigeführt sein[1]) und die Erfolglosigkeit der gelungenen Nöthigung wird nur in der Weise vorkommen können, daß der Thäter in Folge Irrthums sich in seiner Erwartung getäuscht findet, z. B. statt der Quittung, Schuldverschreibung, die er abnöthigen wollte, ein werthloses Papier sich einhändigen ließ.

Ein Versuch der Erpressung, den das Gesetz für strafbar erklärt, wird hiernach in allen den Fällen vorliegen, in denen die in der hier erforderlichen Absicht unternommene Nöthigung erfolglos blieb, weil ihr mit Erfolg Widerstand geleistet wurde.

§ 111. Die Strafe der Erpressung ist Gefängniß nicht unter einem Monat. Für die Strafzumessung kommt insbesondere in Betracht die Art der verübten Nöthigung, wonach die Nöthigung durch Bedrohung mit einer berechtigten oder erlaubten Handlung weniger strafbar erscheint, als die durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einer strafbaren Handlung verübte. Bei der Drohung kommt neben der Art des gedrohten Uebels die größere oder geringere Gefahr seiner Verwirklichung, namentlich die Frage in Betracht ob der Thäter das Gedrohte zur Ausführung zu bringen ernstlich beabsichtigte oder nicht. Endlich wird die Bedeutung und Größe der dem erstrebten Vortheil entsprechenden Vermögensbeschädigung und die Frage ob sie wirklich stattgefuuden hat oder nicht zu berücksichtigen sein.

Mit der Gefängnißstrafe kann, wenn sie mindestens drei Monate beträgt, der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verbunden werden[2]).

---

1) Die Motive z. II Entwf. § 248 bezeichnen ohne ausreichenden Grund als das Wesentliche der Erpressung die Nöthigung, vor der sie die Vermögensbeschädigung und Erlangung des Vortheils als unwesentlich zurücktreten lassen. Sie gehen dabei aber von der ganz unrichtigen Ansicht aus, daß die Nöthigung eine erfolglose sei, wenn dem Thäter später der erlangte Vortheil durch Civilklage oder Einrede wieder abgestritten wird. Der Vortheil ist verschafft und das Vermögen des Andern beschädigt, wenn der Thäter die erpreßte Schuldverschreibung erlangte, und dieser Erfolg kann zwar in seiner beschädigenden Wirkung durch Klage oder Einrede rückgängig gemacht, aber sowenig wie der vollendete Diebstahl durch freiwillige oder erzwungene Rückgabe der Sache, als nichtgeschehen aus der Welt geschafft werden.

2) Strfgb. § 256.

Digitized by Google

Wird die Erpressung durch Bedrohung mit Mord, mit Brandstiftung oder mit Verursachung einer Ueberschwemmung begangen, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren[1]).

Wird die Erpressung durch Gewalt gegen eine Person[2]) oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben begangen, so ist der Thäter gleich einem Räuber zu strafen[3]). Neben der wegen Erpressung erkannten Zuchthausstrafe kann auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden[4])

1) Strfgb. § 254.
2) Ueber die Bedeutung der Gewalt gegen eine Person vgl. oben S. 379.
3) Strfgb. § 255.
4) Strfgb. § 256.



Digitized by Google

## Zehntes Kapitel.

# Sachbeschädigung.

### Literatur.

Köstlin Abhandlungen S. 169 f. — Lüder Die Vermögensbeschädigung 1867. — Dochow in Allg. Strafrechtszeitung 1868 S. 82 f. — Merkel in Holtzendorff Rechts-Lexikon III S. 504 und in Holtzendorff Handbuch III S. 848 f.

### Thatbestand und Strafe der Sachbeschädigung.

§ 112. Zu den übrigen gegen das Vermögen gerichteten Delicten tritt ergänzend das der Sachbeschädigung hinzu. Von dem Betruge, Diebstahle, der Unterschlagung, dem Raube und der Erpressung unterscheidet sich die Sachbeschädigung wesentlich dadurch, daß sie nicht zu den Bereicherungsdelicten gehört, andrerseits ergänzt sie aber die gedachten Delicte auch nicht in dem Sinne, daß sie alle nicht in der Absicht der Bereicherung verübten vorsätzlichen Eigenthumsbeschädigungen umfaßt. Nicht das Vermögen überhaupt, sondern nur das Eigenthum wird gegen vorsätzliche Beschädigung oder Zerstörung des Eigenthumsobjectes strafrechtlich geschützt, während anders geartete Vermögensbeschädigungen entweder der civilrechtlichen Verfolgung überlassen[1]) oder als eigenthümliche strafbare Delicte behandelt werden. Dazu kommt, daß

1) Ueber die streitige Frage, in welchem Umfange die Vermögensbeschädigung als strafbar zu behandeln sei vgl. Lüder a. a. O., der ihrer Strafbarkeit eine maßlose Ausdehnung geben will. Dagegen Glaser in der österreich. Gerichtszeitung 1867 Nr. 83. Dochow a. a. O. Merkel a. a. O. S. 850. Am unbedenklichsten möchte es sein die betrügerische Vermögensbeschädigung, die nicht in der auf einen Vermögensvortheil gerichteten Absicht verübt wird, als strafbar zu behandeln. Vgl. Hälschner Syst. II S. 549.

Digitized by Google

manche Fälle strafbarer Sachbeschädigung von dieser wiederum ausgeschieden sind, entweder weil die Sachbeschädigung nur ein untergeordnetes Moment im Thatbestande eines andern Delictes bildet, oder weil sie durch das hinzukommende Moment einer gemeinen Gefahr einen Charakter annimmt, vermöge dessen sie vom Gesetze als ein eigenthümliches Delict behandelt wird.

Der Thatbestand der Sachbeschädigung[1]) erfordert 1) als Object eine fremde Sache d. h. eine solche, welche Eigenthum eines Andern ist und ferner eine körperliche, gleichviel ob bewegliche oder unbewegliche Sache. Damit ist ausgeschlossen jede Beschädigung der eignen Sache, sollte durch dieselbe auch das einem Andern an der Sache zustehende Recht verletzt werden, und ebenso jede rechtswidrige Beschädigung der herrenlosen Sache[2]). 2) Die Handlung besteht in einer vom Thäter verübten Einwirkung auf die Sache, welche das Gesetz als ein Beschädigen oder Zerstören in dem Sinne bezeichnet, daß das Zerstören als das höhere oder höchste Maß der Beschädigung erscheint. Ob diese Einwirkung auf die Sache eine mechanische, chemische oder sonstwie beschaffene ist, erscheint gleichgiltig, wofern sie nur eine solche ist, durch welche die Sache für ihre eigenthümliche Zweckbestimmung mehr oder weniger unbrauchbar wird. Einer derartigen Einwirkung auf die Sache durch welche das Recht des Eigenthümers verletzt und ihm der Gebrauchswerth der Sache entzogen wird, steht in ihrer Bedeutung und Wirkung allerdings diejenige gleich, durch welche die Sache, ohne an ihrer Substanz eine Veränderung zu erfahren, dem Eigenthümer ohne Aneignung entzogen wird und verloren geht, wie z. B. durch Befreiung der Fische aus dem Fischbehälter, des Wildes aus dem Wildparke[3]). Gleichwohl wird nach der Fassung

1) Strfgb. § 303.

2) Merkel a. a. O. S. 853. Oppenhoff § 303 Nr. 5—7. Schwarze § 303 Nr. 4. 5. Zerstörung der eignen Sache ist bedingungsweise strafbar nach § 137.

3) Für die Beurtheilung einer solchen Einwirkung auf die Sache als Sachbeschädigung Lüder S. 73. 81. Oppenhoff § 303 Nr. 8. Schwarze § 303 Nr. 6. Berner S. 598. H. Meyer S. 497. Meves S. 266. Schütze S. 499. Dagegen Merkel a. a. O. S. 853. Rüdorff § 303 Nr. 6. Ich muß in dieser Beziehung meine frühere Ansicht, Syst. II S. 544, aufgeben, denn so richtig es sein würde, wenn das Gesetz nach dem Beispiele des Bad. Strfgb. nicht bloß das Beschädigen und Zerstören, sondern auch jedes andere Werthlosmachen der Sache für strafbar erklärt hätte, so ist dies doch eben nicht geschehen.

Digitized by Google

des Gesetzes ein solches Verfahren nicht als Sachbeschädigung bezeichnet werden können. Als Thäter wird aber nicht nur derjenige zu strafen sein, welcher die beschädigende Einwirkung selbst verübte, sondern auch derjenige welcher einem Andern, vermöge Irrthums in gutem Glauben Handelnden, sei dies auch der Eigenthümer selbst, zu der beschädigenden Thätigkeit bestimmte[1]).

Ausgeschlossen von der Sachbeschädigung ist jede vorsätzlich bewirkte Werthverminderung der fremden Sache, sofern sie ohne beschädigende Einwirkung auf die Sache selbst, darum ohne Verletzung des Eigenthumsrechtes, nur in der Art stattfindet, daß das Verhältniß des Werthes der Sache zu anderen Sachen, ihr Tauschwerth, herabgesetzt wird. Andrerseits wird aber, weil für den Thatbestand der Sachbeschädigung die Verletzung des Eigenthumsrechtes, nicht die Vermögensbeschädigung von entscheidender Bedeutung ist, die Strafbarkeit der Sachbeschädigung dadurch nicht ausgeschlossen, daß sie ausnahmsweise keine Vermögensbeschädigung zur Folge hat[2]). Damit ergiebt sich zugleich, daß eine strafbare Sachbeschädigung auch an der Sache begangen werden kann die keinen Tauschwerth hat, und durch deren Beschädigung dem Eigenthümer kein pecuniärer Nachtheil zugefügt wird[3]).

3) Die Beschädigung muß eine rechtswidrige sein und zwar eine das Recht des Eigenthümers der Sache verletzende. Sie ist eine solche eben dadurch, daß die fremde Sache beschädigt oder zerstört wird, wofern nicht im concreten Falle ein besonderer die Handlung rechtfertigender Grund vorlag, sei es die Zustimmung des Eigenthümers, sei es eine gesetzliche Bestimmung, welche ausnahmsweise ein solches Recht ertheilt.

4) In subjectiver Beziehung ist erforderlich dolose Beschädigung d. h. eine vorsätzliche Thätigkeit welche mit dem Bewußtsein ihrer Rechtswidrigkeit und in der Absicht, durch dieselbe die Beschädigung

---

1) Merkel S. 854. Schütze S. 501. Oppenhoff § 303 Nr. 12. Dagegen Lüder S. 71. Schwarze § 303 Nr. 3. Es erscheint allerdings sehr irrational, daß wer den Eigenthümer durch Betrug veranlaßt seine Sache zu beschädigen gestraft wird, derjenige aber straflos bleibt, der den Andern betrüglich zu einer andern ihn beschädigenden Verfügung über sein Vermögen bestimmt.

2) Vgl. Hälschner Syst. II S. 549 f. Lüder S. 59. 85. 113. Oppenhoff § 303 Nr. 11.

3) Hälschner a. a. O. Lüder S. 84. 133. Rsprch. I S. 640.

4) Vgl. Oppenhoff § 303 Nr. 3. 4. Rüdorff § 303 Nr. 3.

Digitized by Google

oder Zerstörung der Sache zu bewirken, verübt wurde[1]). Dagegen ist Motiv und Zweck des Thäters für den Thatbestand des Delictes gleichgiltig, so daß auch die um eines erlaubten Zweckes willen absichtlich verübte Sachbeschädigung nicht aufhört als solche strafbar zu sein.

§ 113. Die Strafe der Sachbeschädigung ist Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder Gefängniß bis zu zwei Jahren.

Der Versuch ist strafbar.

Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Als Antragsberechtigter kann nur der Eigenthümer, nicht jeder Andere der durch die Beschädigung der Sache in seinem Rechte verletzt wurde, betrachtet werden[2]), denn es ist lediglich das Recht des Eigenthümers, nicht die Vermögensberechtigung überhaupt, dem durch § 303 strafrechtlicher Schutz gewährt wird. Ist das Vergehen gegen einen Angehörigen verübt, so ist die Zurücknahme des Antrages zulässig.

Durch erhöhte Strafe, nämlich Gefängniß bis zu drei Jahren, womit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verbunden werden kann, oder Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark, ist ausgezeichnet[3]) die vorsätzliche und rechtswidrige Beschädigung oder Zerstörung von Gegenständen der Verehrung einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft, von Sachen die dem Gottesdienste gewidmet sind, von Grabmälern, öffentlichen Denkmälern, Gegenständen der Kunst, der Wissenschaft, des Gewerbes welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt werden oder öffentlich ausgestellt sind, von Gegenständen welche zum öffentlichen Nutzen oder zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen.

Der Thatbestand dieses qualificirten Falles der Sachbeschädigung weicht von dem der einfachen Sachbeschädigung insofern

---

1) Die Praxis hat, um ungebührliche Berücksichtigung des Zweckes abzuwehren, sich mit der vorsätzlichen Thätigkeit und dem Bewußtsein, daß nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge die Beschädigung der Sache erfolgen werde begnügt, und auf die Forderung absichtlicher Beschädigung verzichtet. Pezold § 303 Nr. 6. Goltd. Arch. XXIV S. 369. Dagegen Hälschner a. a. O. S. 546. Oppenhoff § 303 Nr. 1. Rüdorff § 303 Nr. 2. Das Bewußtsein der Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit der Beschädigung ist noch kein Wollen derselben, und damit würde sie aufhören eine dolose zu sein.

2) Herzog im G.-Saal 1874 S. 209. Merkel a. a. O. IV S. 468. Dagegen die Praxis vgl. Oppenhoff § 303 Nr. 16. Rüdorff § 303 Nr. 9. Entsch. I S. 306. IV S. 326.

3) Strfgb. § 304.

Digitized by Google

ab, als hier das Object nicht nothwendig eine fremde Sache ist, das Delict also auch von dem Eigenthümer an der eignen Sache verübt werden kann. Da aber eine rechtswidrige Beschädigung vorausgesetzt wird, so wird die vom Eigenthümer verübte Beschädigung oder Zerstörung der gedachten Sachen nur dann strafbar sein, wenn der Eigenthümer ausnahmsweise in der freien Verfügung über sein Eigenthum rechtlich beschränkt war[1]), und zwar, der Tendenz des Gesetzes entsprechend, im öffentlichen Interesse.

Mit Gefängniß nicht unter einem Monat wird bestraft, wer vorsätzlich und rechtswidrig ein Gebäude, ein Schiff, eine Brücke, einen Damm, eine gebaute Straße, eine Eisenbahn oder ein anderes Bauwerk, welche fremdes Eigenthum sind ganz oder theilweise zerstört. In diesem Falle genügt also eine von der Zerstörung zu unterscheidende Beschädigung nicht, und eine solche völlige oder theilweise Zerstörung wird nur dann anzunehmen sein, wenn die Sache im Ganzen oder zu einem Theile in dem Maße beschädigt wurde, daß sie zu ihrer ordnungsmäßigen Benutzung unbrauchbar wurde[2]). Immerhin wird es eine nur im concreten Falle zu entscheidende Frage bleiben ob nur Beschädigung oder Zerstörung vorliegt, da eine qualitative Verschiedenheit der beschädigenden und zerstörenden Thätigkeit sich nicht feststellen läßt.

---

1) Merkel a. a. O. III S. 855. Oppenhoff § 304 Nr. 1. Rüdorff § 304 Nr. 2. Schwarze § 304 Nr. 2.

2) Merkel a. a. O. S. 855. Oppenhoff § 305 Nr. 1. 3. Schwarze § 305 Nr. 2. Rüdorff § 305 Nr. 2.

Digitized by Google

## Elftes Kapitel.

# Verletzung bestehender Schuldverhältnisse.

### 1. Die Untreue.

§ 114. Wer sich absichtlich einer ihm obliegenden civilrechtlichen Verbindlichkeit entzieht oder ihr zuwiderhandelt, macht sich dadurch regelmäßig nur civilrechtlich verantwortlich. An das ältere gemeine Recht und die infamirende Verletzung gewisser, ein besonderes persönliches Vertrauen voraussetzender, obligatorischer Verhältnisse, haben sich in der neueren Gesetzgebung die Bestimmungen über das Vergehen der Untreue angelehnt[1]). Das deutsche Strafgesetzbuch hat die Untreue, abweichend vom preußischen, das sie in besonderem Abschnitte behandelte, mit dem Betrüge zusammengefaßt, obwohl sie mit diesem kaum irgend eine Verwandtschaft zeigt, wenn man sie nicht etwa darin suchen will, daß sich der Beschädigte in seinem Vertrauen und seinen Erwartungen getäuscht sieht. Vom preußischen ist das deutsche weiter auch in sofern abgewichen, als es die strafbare Untreue auf das Verhältniß des Bevollmächtigten zum Vollmachtgeber ausgedehnt hat, um durch eine auf die widerrechtliche Verfügung über fremde Vermögensrechte anwendbare Strafbestimmung einem Bedürfnisse zu genügen, dem die gesetzliche Fassung des Thatbestandes der Unterschlagung nicht entsprach[2]). Damit wurde der Gesichtspunkt aufgegeben von welchem das preußische Strafgesetzbuch ausgegangen war, nämlich diejenigen Personen hier auszuschließen, bei denen die Verpflichtung zu einer besonderen Treue lediglich aus Privatrechtsverhältnissen entspringt, und die Strafbestimmung auf solche Personen zu beschränken, welche mit einem öffentlichen Charakter bekleidet sind oder wenigstens

1) Vgl. von Stemann Unterschlagung und Untreue 1870. Wahlberg Gesammelte Schriften II.

2) Motive z. II Entwf. zu § 241.

Digitized by Google

unter öffentlicher Autorität wirken[1]). Ebenso fiel die Voraussetzung hinweg, daß in allen Fällen der Untreue eine besondere sittliche Beziehung der Parteien und ein Vertrauensbruch vorausgesetzt werde, da dies jedenfalls nicht allgemein bei dem Verhältnisse des Bevollmächtigten zum Auftraggeber zutrifft. Allerdings wird von einem Jeden der in einem Vertrags- oder vertragsähnlichen Verhältnisse zu einem Andern steht gefordert und erwartet, daß er der übernommenen Verbindlichkeit genügen und damit gewissenhaft die Rechte des Andern wahren werde. Es findet hierbei aber doch der Unterschied statt, daß in vielen Fällen für den Forderungsberechtigten der in erster Linie entscheidende Gesichtspunkt nur der ist, daß ihm durch die Solvenz des Verpflichteten oder weitere Sicherungsmittel genügende Bürgschaft dafür gegeben ist, selbst bei schuldhaft rechtswidrigem Verhalten desselben zu seinem Rechte gelangen zu können, wogegen es in anderen Fällen darauf ankommt, dem Verpflichteten die Wahrnehmung und Besorgung von Geschäften anzuvertrauen, die in einer diesem Vertrauen entsprechenden Weise nur besorgt werden, wenn der Verpflichtete sich in seiner Thätigkeit vor allem durch die Rücksicht auf das Interesse des Andern leiten und bestimmen läßt, in dem Bewußtsein fremde Angelegenheiten zu besorgen, ihnen nicht nur die den eigenen gewidmete, sondern eine gesteigerte Sorgfalt zuwendet, so daß eben deshalb für die Begründung eines solchen obligatorischen Verhältnisses neben der Leistungsfähigkeit die Vertrauenswürdigkeit, die besonderen sittlichen Qualitäten des Verpflichteten von entscheidender Bedeutung sind. Freilich ist diese Unterscheidung eine fließende die es nicht zuläßt die Grenzlinie so scharf zu ziehen, daß alle obligatorischen Verhältnisse zweifellos der einen oder andern Klasse zugewiesen werden könnten, und die Gesetzgebung wird darum casuistisch verfahren und diejenigen obligatorischen Verhältnisse namhaft machen müssen, die sie als auf besonderem persönlichen Vertrauen beruhende und durch Untreue in strafbarer Weise zu verletzende betrachtet.

Das Strafgesetzbuch[2]) bezeichnete als diejenigen Personen, welche sich strafbarer Untreue schuldig machen 1) Vormünder, Curatoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachtheile der ihrer Aufsicht anvertrauten Per-

1) Beseler Commentar S. 469.
2) § 266.

Digitized by Google

sonen oder Sachen handeln, 2) Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachtheile desselben verfügen, und 3) Feldmesser, Versteigerer, Mäckler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachtheiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

Der Thatbestand der Untreue erfordert hiernach 1) daß der Thäter denjenigen dessen Geschäfte er führt durch eine Vermögensbeschädigung benachtheiligt habe, wie sich dies auch für die unter Nr. 1 genannten Personen, trotz der Unbestimmtheit der Worte „zum Nachtheile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen" aus der Verbindung der Untreue mit dem Betruge und der Entstehungsgeschichte der entsprechenden Bestimmung im preußischen Strafgesetzbuche ergiebt[1]). Es wird 2) erfordert, daß die Benachtheiligung absichtlich verübt worden sei, und dies ist stets der Fall, wenn der Thäter vorsätzlich eine Handlung verübt, deren er sich als einer den Andern benachtheiligenden bewußt ist[2]). 3) Die benachtheiligende Handlung muß eine solche sein, durch welche der Thäter die besonderen ihm in seiner bezeichneten Stellung obliegenden Pflichten

---

1) Temme Lehrb. S. 984. Berner S. 566. Oppenhoff § 266 Nr. 2. Merkel a. a. O. S. 783. Rüdorff § 266 Nr. 1. Olshausen § 266 Nr. 1. Dagegen Goltd. Mat. II S. 561. H. Meyer S. 487. Rubo § 266 Nr. 4.

2) Der in der Praxis herrschende Streit ob Absicht der Benachtheiligung erfordert werde, oder das Handeln mit dem Bewußtsein der Benachtheiligung genüge — Oppenhoff § 266 Nr. 1. Rüdorff § 266 Nr. 2. Schwarze § 266 Nr. 1. Rsprch. I S. 273. 287. II S. 154. IV S. 832 — ist müßig, denn wie Jemand eine Handlung deren er sich als einen bestimmten Erfolg verursachenden bewußt ist, verüben könnte, ohne diesen Erfolg zu beabsichtigen, ist nicht einzusehen. Wo das Gesetz zum Thatbestande des Delicts eine Thätigkeit fordert, die wie „tödten", „beleidigen", „benachtheiligen" deren Erfolg sofort mitbezeichnet, ist es ganz gleichgiltig ob diese Thätigkeit als eine vorsätzliche oder absichtliche bezeichnet wird. Vgl. oben Bd. I S. 283. Dagegen braucht freilich die Benachtheiligung des Andern nicht der Zweck des Thäters zu sein, und eben dies ist es, was man gewöhnlich hervorheben will, wenn man das vorsätzliche Thun bei dem Bewußtsein des beschädigenden Erfolges als genügend bezeichnet. Vgl. Olshausen § 266 Nr. 12. Dagegen Merkel a. a. O. IV S. 441, welcher das „absichtlich" als verschieden von „vorsätzlich" und auf den Zweck der Handlung bezogen betrachtet.

Digitized by Google

verletzt[1]). Die Benachtheiligung kann auch durch pflichtwidriges Unterlassen verübt werden, was nur bei dem Bevollmächtigten ausgeschlossen ist, da bei ihm das Gesetz ein Verfügen fordert.

In Betreff der vom Gesetze nicht näher bestimmten Beschaffenheit der Handlung sind zwei Fälle zu unterscheiden. Die vorsätzliche Benachtheiligung kann so beschaffen sein, daß sie an sich und unter der Voraussetzung eines andern obligatorischen Verhältnisses als die hier genannten, nur civilrechtlich verfolgt werden könnte. Insoweit erscheint die Untreue als ein eigenthümliches, zu den anderen gegen das Vermögen gerichteten, hinzutretendes Delict, und der Grund der Strafbarkeit liegt darin, daß das civile Unrecht in der besondern Form des Treubruches erscheint. Aber auch jedes andere gegen das Vermögen gerichtete Delict, wie Diebstahl, Unterschlagung, Betrug ist als Untreue zu bestrafen, wofern es den gedachten gesetzlichen Voraussetzungen entspricht, und wofern nicht durch die Handlung, als selbständiges Delict betrachtet, eine härtere Strafe als die der Untreue begründet erscheint. Insoweit hat also die Untreue den Thatbestand des anderwärtigen Delicts zur Voraussetzung und erscheint nur als ein durch das hinzukommende Moment des Treubruches gesetzlich ausgezeichneter Fall jenes Delicts.

Vollendet ist das Vergehen nur mit der erfolgten Zufügung des Vermögensnachtheiles. Der Versuch der als solcher zu strafenden Untreue ist nicht strafbar.

Die Untreue wird bestraft mit Gefängniß, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, und außerdem auch auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark, wenn die Untreue begangen wurde um sich oder einem Andern einen Vermögensvortheil zu verschaffen. Das Gesetz fordert hier, abweichend vom Thatbestande des Betruges, nicht, daß ein rechtswidriger Vermögensvortheil beabsichtigt sei, und ein solcher wird hier allerdings nicht in gleichem Sinne wie bei dem Betruge, nicht in dem Sinne erfordert, daß der Thäter sich oder einem Andern rechtswidrig zuwendet was er dem Beschädigten entzogen hat, vielmehr genügt die Absicht sich einen an sich erlaubten Vortheil zu verschaffen, der als rechtswidrig nur etwa bezeichnet werden könnte, weil er mittelst Benachtheiligung eines Andern erstrebt wurde.

---

1) Merkel a. a. O. III S. 783. Oppenhoff § 266 Nr. 7. 15.

Digitized by Google

§ 115. Nur bei den vom Gesetze bezeichneten obligatorischen Verhältnissen kann eine strafbare Untreue vorkommen, und es ist unzulässig eine solche in irgend einem andern, den genannten analogen Verhältnisse annehmen zu wollen[1]).

Die Reichsgesetzgebung hat aber die Strafbestimmung des § 266 ausgedehnt auch auf die Mitglieder des Vorstandes oder Ausschusses eingeschriebener Hülfskassen, welche absichtlich zum Nachtheile der Kasse gehandelt haben[2]), und hat ferner besondere Strafen für einige der Untreue ähnliche Pflichtwidrigkeiten, bei denen es sich wenn nicht um Beschädigung, so mindestens Gefährdung fremder Vermögensinteressen handelt, angeordnet.

Mit Gefängniß bis zu drei Monaten werden die persönlich haftenden Mitglieder und die Mitglieder des Aufsichtsrathes einer Commanditgesellschaft auf Actien bestraft 1) wenn sie vorsätzlich behufs der Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister falsche Angaben über die Zeichnung oder Einzahlung des Kapitals der Commanditisten machen; 2) wenn durch ihre Schuld länger als drei Monate die Gesellschaft ohne Aufsichtsrath geblieben ist, oder in dem letzteren die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern gefehlt hat; 3) wenn sie in ihren Darstellungen, in ihren Uebersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft oder in den in der Generalversammlung gehaltenen Vorträgen wissentlich den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern. Bei mildernden Umständen in dem 2. und 3. Falle ist auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark zu erkennen.

Die gleiche Strafe trifft für die gleichen Pflichtwidrigkeiten die Mitglieder des Aufsichtsrathes und des Vorstandes einer Actiengesellschaft.

Die Mitglieder des Vorstandes einer Actiengesellschaft werden mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft, wenn sie der Vorschrift des § 240 des Handelsgesetzbuches zuwider dem Gerichte die Anzeige zu machen unterlassen, daß das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt. Das Gesetz präsumirt, daß

---

1) Das Verhältniß des Bevollmächtigten und des Auftraggebers ist freilich geeignet Zweifel über dessen Begrenzung zu erregen, wie sich dies in der Praxis bereits gezeigt hat. Vgl. Oppenhoff § 266 Nr. 13. 14. Rüdorff § 266 Nr. 5. Olshausen § 266 Nr. 6.

2) Gesetz über die eingeschriebenen Hülfskassen vom 7. April 1876 § 34.

Digitized by Google

dies Unterlassen ein schuldhaftes sei, denn die Vorstandsmitglieder bleiben nur dann straflos, wenn von ihnen nachgewiesen wird, daß die Anzeige ohne ihr Verschulden unterblieben sei[1]).

§ 116. Die vorsätzliche Nichterfüllung einer civilrechtlichen Verbindlichkeit und das Zuwiderhandeln gegen dieselbe betrachtet das deutsche Strafrecht als ein nur civilrechtlich zu verfolgendes Unrecht[2]). Ausnahmsweise hat aber die Reichsgesetzgebung einige derartige Fälle, die, als der Untreue nahe verwandt, hier in Betracht kommen, als strafbar behandelt.

Mit Geldstrafe bis zu eintausend fünfhundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren soll bestraft werden der Reisende oder Schiffsmann, welcher ohne Vorwissen des Schiffers, ingleichen der Schiffer, welcher ohne Vorwissen des Rheders Gegenstände an Bord nimmt, welche das Schiff oder die Ladung gefährden, indem sie die Beschlagnahme oder Einziehung des Schiffes oder der Ladung veranlassen können[3]). Als Schiffsmann ist im Unterschiede von dem Schiffsführer jeder auf dem Schiffe Angestellte ohne Rücksicht auf die Art seiner Dienstleistungen zu betrachten[4]). Zum Thatbestande des Vergehens ist das vorsätzliche Mitnehmen der vom Gesetze bezeichneten Sachen und das Bewußtsein des Thäters erforderlich, dies um der daraus sich ergebenden Gefahr willen, nicht zu dürfen, dagegen nicht die Absicht das Schiff beziehungsweise seine Ladung in Gefahr zu bringen[5]). Als eigennützig erscheint die Handlung schon allein dadurch, daß der Thäter die Sachen im eigenen Interesse mit dem Bewußtsein das anderer Personen dadurch zu gefährden, mitnimmt, so daß es einer weiteren

---

1) Gesetz betreffend die Commanditgesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften vom 11. Juni 1870 §§ 206. 249. 249 a.

2) Ueber den Contractsbruch und die Frage nach seiner Bestrafung vgl. Lüder über die criminelle Bestrafung des Arbeitscontractsbruches 1875. Wiß Die Arbeiter und die Strafbarkeit des Contractsbruches, in den Schriften des Vereines für Socialpolitik VII. Löning Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen I 1876. Sickel Die Bestrafung des Vertragsbruches und analoger Rechtsverletzungen 1876.

3) Strfgb. § 297. Vgl. Meves Die deutsche Strafgesetzgebung und die Schifffahrt, in Strfrsztg. XIII S. 388 f.

4) R. Seemannsord. § 3. Merkel a. a. O. S. 842. Oppenhoff § 297 Nr. 1. Dagegen Meves a. a. O. S. 389.

5) Schwarze § 297 Nr. 3. Oppenhoff § 297 Nr. 3. Olshausen § 297 Nr. 6. Dagegen Kirchmann zu § 297.

Digitized by Google

auf Erlangung eines Vermögensvortheils gerichteten Absicht nicht bedarf. In Betreff der Strafzumessung kommt aber in Betracht, daß hier, abweichend von anderen Fällen in denen eine vorsätzliche gefährdende Thätigkeit für strafbar erklärt ist, zum Thatbestande des Delicts zwar nicht die Absicht das Schiff oder die Ladung der bezeichneten Gefahr auszusetzen erforderlich, aber von demselben auch nicht ausgeschlossen ist. Wer durch Aussetzen der hilflosen Person wissentlich deren Leben gefährdet, wird nicht wegen Aussetzens, sondern wegen versuchter oder vollendeter vorsätzlicher Tödtung gestraft, wenn er beabsichtigte, daß die ausgesetzte Person das Leben verlieren solle. Die Strafe des § 297 trifft aber sowohl denjenigen, welcher wissentlich die Gefahr der Beschlagnahme oder Einziehung herbeiführt ohne doch diesen Erfolg zu wollen, wie denjenigen der in der Absicht, daß dieser Erfolg eintreten soll, handelte. Die zum Thatbestande des Delicts erforderliche Thätigkeit ist also zwar eine bewußte, vorsätzliche und insofern dolose, aber das Verhältniß des Willens zum möglichen Erfolge ist entweder bewußte Fahrlässigkeit, d. h. Zulassen des als möglich erkannten Erfolges ohne ihn zu wollen, oder Absicht, indem der Eintritt des möglichen Erfolges gewollt ist. Bezieht sich die Strafsatzung des § 297 also auf beide Fälle, so wird zu berücksichtigen sein, daß die Strafe im ersteren Falle niedriger als im letzteren zu ermessen ist[1]).

Es soll ferner mit Gefängniß bis zu einem Jahre bestraft werden der Schiffsmann, welcher mit der Heuer entläuft oder sich verborgen hält, um sich dem übernommenen Dienste zu entziehen[2]).

Als Schiffsmann ist auch hier jeder zu irgend welcher Dienstleistung auf dem Schiffe Angestellte zu betrachten. Die Voraussetzung des Vergehens ist, daß der Schiffsmann vorschußweise Heuer empfing und mit ihr, d. h. bevor er sie vollständig abverdient hat, entläuft, sich verborgen hält, wogegen der Schiffsmann, wenn er ohne Heuer dem übernommenen Dienste vertragsbrüchig sich entzieht, nicht nach § 298 sondern nach § 81, Abs. 1, 2 der Seemannsordnung zu strafen ist. Ebenso ist die Anwendbarkeit

---

1) In dem angegebenen Sinne war oben Bd. I S. 325 auf § 297 als auf eine Strafbestimmung hingewiesen, die sich ebenso auf dolose wie culpose Verübung des Delictes beziehe, was hiernach gegen den Einwand Schwarze's § 297 Nr. 3 wohl gerechtfertigt erscheinen wird.

2) Strfgb. § 298.

Digitized by Google

des § 298 ausgeschlossen, wenn der Schiffsmann, der sich im Besitze der vorschußweise erhaltenen Heuer befindet, sich dem übernommenen Dienste in solchen Fällen entzieht, in denen er nach § 61—64 der Seemannsordnung seine Entlassung fordern durfte. Strafbar ist er in solchem Falle nur nach § 83 der Seemannsordnung, sofern er ohne die erforderliche Genehmigung des Seemannsamtes handelte. Die Bestimmung des Gesetzes, daß das Vergehen gestraft werden solle ohne Unterschied ob es im Inlande oder Auslande begangen wurde, macht die Bestrafung desselben unabhängig von der Beschränkung in § 4 Nr. 3, so daß also der Inländer auch dann zu strafen ist, wenn die That im Auslande, am Orte der Begehung, nicht strafbar sein sollte, wogegen nicht angenommen werden kann, daß damit zugleich eine Ausnahme von § 4 Nr. 1 begründet und auch der Ausländer wegen des im Auslande verübten Vergehens für strafbar erklärt werden sollte[1]).

## 2. Der strafbare Bankerutt.

### Literatur.

Löning Der Vertragsbruch im deutschen Rechte 1876. — von Hoiningen gen. Hüne Beiträge zur geschichtlichen Entwickelung des strafbaren Bankerotts in Deutschland 1878. — Köstlin Abhandlungen S. 362 f. und in Goltdammer Archiv V S. 721. VI S. 3 f. 289 f. — Hälschner ebenda XVIII S. 669. — Seeger ebenda XX S. 142. — Die Commentare zur Reichs-Konkurs-Ordnung von Wilmowski, Sarwey, Völderndorf.

### a) Einleitung.

§ 117. Die Basis für die strafrechtliche Behandlung des Bankerutts bildet im älteren gemeinen Recht die Reichs-Polizei-Ordnung von 1548[2]). Was sie in dieser Beziehung bestimmt ist freilich nicht etwas völlig Neues, denn neben dem strengen Schuldrechte des älteren deutschen Rechtes, daß im Falle der Insolvenz

1) Merkel a. a. O. S. 843. Schwarze S. 46. Motive z. II Entwf. § 294. Dagegen Oppenhoff § 298 Nr. 6, in Uebereinstimmung mit Rsprch. II S. 261, indem angenommen wird, daß das Vergehen nicht durch das Verlassen des Schiffes, sondern mittelst der auf dem Schiffe nicht geleisteten Dienstpflicht, darum nach St.-P.-O. § 10 im Inlande verübt werde, wenn das Schiff ein deutsches ist. Vgl. auch Olshausen § 298 Nr. 4.

2) Art. 23 wiederholt in der R.-P.-O. von 1577 tit. 23.

Digitized by Google

ohne jede Rücksicht auf den Grund derselben und auf eine Verschuldung, zur Schuldknechtschaft oder Schuldhaft führte, hatte sich schon seit dem 14. Jahrhunderte eine Bestrafung der schuldhaften Insolvenz besonders in den Stadtrechten entwickelt[1]). Die Voraussetzung der Strafbarkeit war aber nicht die schuldhafte Verursachung der Insolvenz, sondern der Umstand, daß der Schuldner, ohne etwas von seinem Vermögen, das zur Befriedigung der Gläubiger dienen könnte, zurückgelassen, flüchtig wird, sich den Gläubigern und dem Gerichte, der Pflicht die zwangsweise Befriedigung der Gläubiger, soweit sie möglich ist, zu erdulden böswillig entzieht. Nicht die Insolvenz, welches auch ihr Grund sein möge, sondern die dolose Handlung, durch welche der Schuldner die Möglichkeit der Execution vereitelt, wird als strafbar angesehen, und eben deshalb wird, auch vom Falle der Insolvenz abgesehen, der Schuldner gestraft, wenn er durch Flucht sich dem Gläubiger entzieht.

Dem entsprechend setzt auch die R.-P.-O. bei dem strafbaren Bankerutt voraus, daß der Schuldner flüchtig „austrünnig" geworden sei, und bestimmt zunächst, daß er von keiner Herrschaft oder Obrigkeit aufgenommen und geduldet, sondern wo er sich betreten läßt in Haft genommen, den Klägern zu Recht gehalten und gestraft werden soll. Sie setzt aber auch ferner voraus, daß der Schuldner ein „Kaufmann, Handthierer oder Gewerbsmann", und schuldhaft durch übermäßige Pracht, unordentliches Wesen und Leben insolvent geworden sei. Dagegen soll mit dem Schuldner der durch Unglück insolvent wurde nach gemeinem Rechte gehandelt werden[2]). Ohne Zweifel hatte eben dieses gemeine Recht und der Mißbrauch der mit der cessio bonorum und den Moratorien des recipirten römischen Rechtes getrieben wurde und vermöge dessen die insolventen Schuldner sich der Schuldhaft und anderen üblen Folgen der Insolvenz entzogen, wesentlich mitgewirkt die Strafbestimmungen der R.-P.-O. als unabweisbares Bedürfniß erscheinen zu lassen. Ebendeshalb werden die schuldhaften Bankeruttirer von der Behandlung nach gemeinem Rechte ausgeschlossen und wird weiter angeordnet, daß Moratorien nach genauer Untersuchung der Sachlage durch die Obrigkeit nur dem schuldlos insolvent gewordnen Schuldner durch den Kaiser ertheilt werden sollen.

---

1) Löning a. a. O., besonders S. 215 f. v. Hüne a. a. O. S. 6 f.
2) v. Hüne a. a. O. S. 21 f.

Digitized by Google

Seit jener Zeit beschäftigt sich das Statutarrecht der Handelsstädte wie die Landesgesetzgebung sehr vielfach mit dem Bankerutt[1]), wobei die Executionsmittel, die Schuldhaft und die Strafen nicht immer klar geschieden erscheinen, und vielfach von den Bestimmungen der R.-P.-O. abgewichen wird. Ob diese nur vom Bankerutt der Kauf- und Gewerbsleute spricht, weil dies der am häufigsten vorkommende Fall war, oder ob sie in bewußter, planmäßiger Weise den strafbaren Bankerutt auf den der Kaufleute beschränkte, mag fraglich erscheinen, die spätere Gesetzgebung aber, obwohl auch sie in erster Linie den kaufmännischen Bankerutt im Auge hat, läßt jede derartige Beschränkung fallen, wie dies insbesondere auch der nicht publicirte Reichsschluß von 1670 gethan hat. Zweifellos setzt aber die R.-P.-O. bei dem strafbaren Bankerutt den Dolus[2]), dies voraus, daß der Schuldner „gefährlicher und betrieglicher Weis im Schein Trauens und Glaubens Geld und Waaren entlehnt" hat. Während einerseits, wie z. B. auch in der österreichischen und bayerischen Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts, daran festgehalten wird, wurde andrerseits und viel häufiger die Strafbarkeit auch auf den leichtsinnigen, fahrlässigen Bankerutt ausgedehnt. Obwohl auch späterhin wie in der R.-P.-O. noch häufig des flüchtigen Bankeruttirers gedacht wird, so erscheint doch die Flucht nicht als Voraussetzung des strafbaren Bankerutts, oder es wird wohl auch ausdrücklich zwischen dem flüchtigen und dem nicht entflohenen Schuldner unterschieden. Eine feste Normirung des Thatbestandes des strafbaren Bankerutts mangelt durchaus, nur daß gewöhnlich beispielsweise auf schuldhafte Handlungen hingewiesen wird, durch welche die Insolvenz herbeigeführt, oder bei Gelegenheit derselben den Gläubigern Schaden zugefügt wurde. In Betreff der Bestrafung herrscht volle Uebereinstimmung insoweit, daß der Bankerutt stets Ehrenstrafen nach sich zieht, wogegen im Uebrigen dem richterlichen Ermessen weiter Spielraum gelassen und etwa, wie schon in der R.-P.-O., auf die Verwandtschaft des Delictes mit dem Diebstahle oder mit dem Betruge und der Fälschung hingewiesen wird.

§ 118. Die Strafgesetzgebung des preußischen Allg. Landrechts war die erste, welche dem Thatbestande des strafbaren

---

1) v. Hüne S. 28 f.

2) Mittermaier zu Feuerbach 14. Aufl. S. 676. Berner S. 578. Dagegen Köstlin Abhdlg. S. 364. v. Hüne S. 24.

Digitized by Google

Bankerutts feste Grenzen zieht, wenn er auch in durchaus casuistischer Weise bestimmt wird. Sie unterscheidet den betrüglichen Bankerutt, in Betreff dessen das betrügliche Vorgeben der Insolvenz als die schwerere Form, von der betrüglichen Beschädigung der Gläubiger unterschieden wird. Weiter wird unterschieden der muthwillige Bankerutt, wieder in einer leichteren und einer schweren Form, der fahrlässige und der unbesonnene Bankerutt. Rücksichtlich des möglichen Subjectes des Verbrechens enthält das Landrecht zwar keine beschränkende Bestimmungen, wohl aber in Betreff des Thatbestandes wie der Strafe mancherlei nur auf Kaufleute bezügliche. Der Gesichtspunkt von dem aus der Bankerutt betrachtet wird, giebt sich darin zu erkennen, daß er mit der Verfälschung von Waaren, Maß und Gewicht zusammengefaßt wird als „Betrügerei die nicht bloß zur Bevortheilung gewisser bestimmter Personen, sondern des Publici überhaupt abzielt".

Nicht weniger complicirt ist die Behandlung des strafbaren Bankerutts im bayerischen Strafgesetzbuche von 1813, das in Betreff desselben das betrügliche Schuldenmachen und den betrügerischen Bankerutt ersten, zweiten und dritten Grades unterscheidet, einen fahrlässigen Bankerutt dagegen nicht kennt, wohl aber beiläufig das fahrlässige Schuldenmachen als polizeilich strafbar erklärt[1]).

Von entscheidender Bedeutung für die spätere deutsche Gesetzgebung war der Einfluß der französischen[2]), welche in dieser Beziehung dem sächsischen Strafgesetzbuche von 1838 zum Vorbilde diente. Hiernach wurde der leichtsinnige und der betrügerische Bankerutt unterschieden, abweichend von der französischen Gesetzgebung aber als mögliches Subject des strafbaren Bankerutts zwar nicht *nur* der Kaufmann bezeichnet, gleichwohl der Bankerutt des Kaufmanns sowohl rücksichtlich des Thatbestandes als der Strafsatzungen in besonderen Bestimmungen berücksichtigt. Dem sächsischen sind mit mancherlei Modificationen die meisten späteren Strafgesetzbücher gefolgt. Am nächsten schloß sich ihm an das braunschweigische Strafgesetzbuch, das jedoch von dem betrüglichen

1) Daß, wie von Völderndorff Comment. zur deutschen Konkursordnung S. 620 sagt, das bayer. Strfgb. von 1813 die Quelle aller späteren Legislationen sei, ist ebenso unrichtig als das Meiste was hier über den Inhalt der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen gesagt wird.

2) Code de commerce 586—599. Code pénal 402—404.



Digitized by Google

und dem fahrlässigen Bankerutt noch den muthwilligen unterscheidet[1]), das thüringische und das hamburgische, wogegen die meisten anderen von ihm insofern abweichen, als sie den strafbaren Bankerutt in subjectiver Beziehung auf Kaufleute, Fabrikanten, Wechsler beschränken, daneben aber besondere Strafbestimmungen für andere Personen aufstellen, die in Konkurs gerathen oder zahlungsunfähig sind, und denen eine schuldhafte Verkürzung der Gläubiger zur Last fällt. Dabei wird unterschieden betrügerische Beschädigung der Gläubiger, deren Thatbestand casuistisch in einer Weise normirt wird, daß zwar immer der Dolus, nicht aber in allen Fällen der Thatbestand des Betruges die Voraussetzung bildet, und das fahrlässige Schuldenmachen, so in den Strafgesetzbüchern von Würtemberg, Hannover, Baden, wogegen die von Hessen und von Bayern von 1862 die leichtsinnige, fahrlässige Ueberschuldung der Nichtkaufleute straflos lassen. In Betreff des strafbaren Bankerutts der Kaufleute wird aber überall der betrügerische und der einfache oder fahrlässige unterschieden. Das sächsische Strafgesetzbuch von 1855 hat den freilich nicht vollständig gelungenen Versuch gemacht den Thatbestand des strafbaren Bankerutts in allgemeiner, nicht casuistischer Weise und ohne Rücksicht darauf ob der Thäter Kaufmann ist oder nicht, zu normiren, und hat daneben noch die leichtsinnige Ueberschuldung, auch wenn es nicht zu einem Gantverfahren gekommen ist, für strafbar erklärt.

Abweichend von der bisherigen Gesetzgebung und der französischen folgend, beschränkte dagegen das preußische Strafgesetzbuch den strafbaren Bankerutt auf den der Kaufleute, und ihm schloß sich das deutsche Strafgesetzbuch, jedoch mit dem in § 2 des Einführungsgesetzes enthaltenen Vorbehalte an, daß bis zum Erlasse eines Reichsgesetzes über den Konkurs, die Strafvorschriften in Kraft bleiben sollten, welche rücksichtlich des Konkurses in Landesgesetzen enthalten sind, insoweit sie sich auf Handlungen beziehen, über welche das deutsche Strafgesetzbuch nichts bestimmt.

§ 119. Für die Beschränkung der Strafbarkeit des Bankerutts auf den der Kaufleute hatte man sich bei der Redaction des preußischen Strafgesetzbuches in Rücksicht darauf entschieden, daß durch den Mißbrauch des kaufmännischen Credits das Gemeinwohl in besonders hohem Grade gefährdet werde, und daß der Kaufmann

1) Abgeändert durch das Gesetz vom 15. Septbr. 1863, das den muthwilligen Bankerutt beseitigte.

Digitized by Google

eine öffentliche Person sei, daß ihm das Gesetz besonderes Vertrauen, seinen Büchern Glauben schenke, daß er darum höhere Pflichten zur Achtung des Credits habe, und sein Bankerutt in ähnlicher Weise wie das Amtsverbrechen besondere Ahndung verdiene. Auf diese Gründe beziehen sich auch die Motive zum deutschen Strafgesetzbuche, indem sie weiter noch darauf hinweisen, daß eine Sicherung des Credits durch das Strafgesetz geboten sei, wo ein solcher beansprucht und gewährt werden muß, ohne daß eine genaue Prüfung der persönlichen Zuverlässigkeit wie der Vermögensverhältnisse erfolgen kann. Wer diesen für den Handel nothwendigen Credit mißbrauche, verletze nicht bloß das Vermögen eines bestimmten Gläubigers, sondern die Sicherheit des Handels.

Nach dieser Auffassung des strafbaren Bankerutts würde er als ein gegen das Vermögen gerichtetes strafbares Delict nicht zu betrachten sein, denn nicht die Benachtheiligung der Gläubiger erscheint an sich als strafbar, da, wie die Motive sagen, die Gesetzgebung derem Rechte genüge, wenn es ihnen die Mittel gewährt möglichst rasch aus dem Vermögen des Schuldners ihre Befriedigung zu suchen, vielmehr erscheint der Bankerutt nur darum als strafbar, weil er, vermöge der ausgedehnten Creditverhältnisse in denen der Kaufmann steht, seine Wirkung über den Kreis der beschädigten Gläubiger hinaus erstreckt, eine weiter reichende Erschütterung des Credits und eine Schädigung der wirthschaftlichen Interessen der Gesellschaft zur Folge hat. Die Erwägung, daß der Bankerutt des Kaufmanns in der Regel seine schädlichen Folgen über einen ausgedehnteren Kreis von Gläubigern erstrecken wird, als die Insolvenz des Nichtkaufmanns, und darum das Gemeinwohl gefährde und beschädige, wird sicher nicht als grundlos und unberechtigt abzuweisen sein, aber ebenso sicher reicht sie nicht hin die Beschränkung der Strafbarkeit auf den kaufmännischen Bankerutt zu rechtfertigen.

Indem man von der Voraussetzung als einer selbstverständlichen ausging, daß dem Forderungsrechte ein strafrechtlicher Schutz nur insoweit gebühre, als es sich um Betrug, Untreue und Unterschlagung handle, unterblieb die nähere Prüfung der Frage, auf deren Beantwortung es vor allem angekommen wäre, ob die weiteren rechtswidrigen Beschädigungen der Gläubiger die man unter den Gesichtspunkt des betrüglichen Bankerutts stellte, wirklich eine rechtlich verschiedene Bedeutung haben, je nachdem sie vom Kaufmanne oder dem Nichtkaufmann verübt werden, eine Frage die

Digitized by Google

unbedenklich zu verneinen ist. Nur die Gewohnheit den betrüglichen Bankerutt nicht als ein Delict von eigenthümlicher Bedeutung, sondern als eine Art des Betruges aufzufassen erklärt es, wenn man davon ausging, daß die Anwendung der gewöhnlichen Betrugsgesetze genüge, falls Nichtkaufleute sich der Handlungen schuldig machen, welche bei Kaufleuten das Verbrechen des betrügerischen Bankerutts begründen[1]), oder daß in Betreff der Nichtkaufleute das Strafgesetz nur eingreifen könne, sofern es sich bei dem Mißbrauche des Credits um bestimmte Rechtswidrigkeiten, z. B. Betrug handle[2]).

Gewiß und mit Recht wird an dem unsere Rechtsanschauungen beherrschenden Grundsatze festzuhalten sein, daß das Nichtleisten Seitens des Schuldners nur civilrechtliche Folgen, nicht Strafe, nach sich zieht. Daraus folgt aber nicht, daß die dem Gläubiger durch Nichtleisten zugefügte Vermögensbeschädigung niemals zu strafen wäre, denn so unbedenklich derjenige als strafbar angesehen wird, der die anvertraute fremde Sache nicht zurückgiebt oder abliefert, weil er sie veräußert oder sonstwie sich angeeignet hat, so gewiß ist derjenige zu strafen, welcher dolos und rechtswidrig dem Gläubiger das entzieht, worauf dieser civilrechtlich zum Zwecke der Befriedigung einen Anspruch hat. Für die Art des zu strafenden Delictes ist freilich der Umstand von Bedeutung ob der Schuldner über die fremde Sache oder über sein Eigenthum verfügt, für die Strafbarkeit überhaupt ist aber nur dies entscheidend, daß der Schuldner nicht nur nicht leistet, sondern darüber hinaus seinen rechtswidrigen Willen activ bethätigt, indem er dem Gläubiger rechtswidrig das entzieht, woran dieser zum Zweck seiner Befriedigung sich zu halten hat. Wenn der insolvente Schuldner um seine Gläubiger zu benachtheiligen Vermögensstücke verheimlicht oder bei Seite schafft, erdichtete Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkennt oder aufstellt, so ist seine Handlungsweise zwar auf Täuschung berechnet, aber es mangelt der Thatbestand des Betruges, und es ist kein Grund erfindlich, warum wegen solcher vorsätzlicher Vermögensbeschädigung zwar der Kaufmann, nicht aber der Nichtkaufmann gestraft werden soll. Daß der Bankerutt des Kaufmanns häufig viel weiter reichende schädliche Folgen als der anderer Personen zur Folge haben wird, kann nur für die Strafzumessung, nicht für die Strafbarkeit in Betracht kommen.

1) Goltd. Mat. II S. 591.

2) Motive z. II Entwf. zu § 278.

Digitized by Google

Anders verhält es sich freilich mit dem einfachen Bankerutt, bei welchem vorausgesetzt wird, daß die Absicht die Gläubiger zu benachtheiligen mangelte und daß die Insolvenz durch Leichtsinn, Fahrlässigkeit herbeigeführt wurde. In solchem Falle fehlt dasjenige Moment, vermöge dessen das Nichtleisten und Nichtleistenkönnen der strafrechtlichen Verfolgung verfällt, die dolose über das Nichtleisten der, das Interesse der Gläubiger wahrenden, Sorgsamkeit in der Vermögensverwaltung hinausreichende, deren Vermögen beschädigende Handlung. Ein ausreichender Grund für die Bestrafung des einfachen Bankerutts wird sich darum nur der Eigenthümlichkeit des kaufmännischen Geschäftsverkehres entnehmen lassen, dem Umstande, daß der Kaufmann unvermeidlich den Credit in größerem Umfange in Anspruch nimmt als andere Personen, daß ihm Credit gewährt werden muß, ohne daß eine genaue Prüfung seiner Zuverlässigkeit und Zahlungsfähigkeit möglich ist, und insbesondere der Umstand, daß dem Kaufmanne sein Beruf und das Bewußtsein fortwährend mit fremden Gelde zu operiren, die ganz besondere Verpflichtung auferlegt, bei seiner Geschäftsführung das Interesse seiner Gläubiger mit höchster Sorgfalt wahrzunehmen. Die Bestrafung des Kaufmannes wegen einfachen Bankerutts, weil er den Credit übermäßig in Anspruch genommen oder bei seiner Geschäftsführung die besonderen, vermöge seines Berufes ihm obliegenden Pflichten verletzt hat, wird umsoweniger einem Bedenken unterliegen, als es sich in solchen Fällen nicht immer nur um eine Unvorsichtigkeit oder bewußte Fahrlässigkeit, sondern oft genug um einen dolus eventualis handeln wird, wie dies wohl der Gedanke war, von dem das preuß. Landrecht bei der Unterscheidung des muthwilligen Bankerutts von dem betrügerischen einerseits und dem fahrlässigen andrerseits ausging.

Der durch den Vorbehalt in § 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche geschaffene provisorische Zustand in der strafrechtlichen Behandlung des Bankerutts hat sein Ende erreicht seit die Reichs-Konkurs-Ordnung vom 10. Februar 1877 in Kraft getreten ist, indem durch das Einführungsgesetz zu derselben ebenso wie die bisher noch geltenden Landesgesetze auch die §§ 281—283 des Strafgesetzbuches für aufgehoben erklärt wurden, und an deren Stelle die §§ 209—214 der Konkurs-Ordnung traten[1]). Von den

1) Neben denselben bleiben in Kraft nach § 3 des Einf.-Ges. die Strafbestimmungen der Art. 249 a und 240 des deutschen Handelsgesetzbuches gegen

Digitized by Google

Strafbestimmungen des Strafgesetzbuches unterscheiden sich die der Konkurs-Ordnung wesentlich dadurch, daß sie, der Mehrzahl der bisherigen Landesgesetzgebungen folgend, die Beschränkung des strafbaren Bankerutts auf den der Kaufleute aufgegeben hat, wie dies in Betreff des betrüglichen Bankerotts durchaus zu billigen ist, während in Betreff des einfachen Bankerutts es vorzuziehen gewesen wäre, wenn sie dem hessischen und bayerischen Strafgesetzbuche hätte folgen wollen.

### b) Thatbestand und Strafe des Bankerutts.

§ 120. Der Thatbestand des strafbaren Bankerutts setzt voraus einen Schuldner, wes Standes er sein möge, der seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist[1]).

Die Zahlungseinstellung[2]), welche das Gesetz nicht definirt hat, zu unterscheiden von dem Nichtleisten irgend welcher fälligen Verbindlichkeiten, hat zur Voraussetzung, daß der Schuldner seine Zahlungen wegen Zahlungsunfähigkeit einstellt, und daß sie darum eine allgemeine auf alle Zahlungen sich beziehende sei. Daß sie eine solche sei, kann sich aber bereits in einem einzelnen Falle der Nichtzahlung, und selbst ohne einen solchen kund geben. Die Zahlungseinstellung wird also festgestellt durch jede Thatsache, aus welcher sich die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ergiebt, insbesondere durch jede Willenserklärung des Schuldners wegen Zahlungsunfähigkeit alle seine Zahlungen einzustellen[3]). Die Zahlungseinstellung wird dadurch nicht beseitigt, daß der Schuldner gleichwohl einzelne Zahlungen leistet, sowie andrerseits eine momentane, bald wieder beseitigte Zahlungsstockung nicht als Zahlungseinstellung

---

die Vorstandsmitglieder einer Actiengesellschaft, welche die Anzeige der Ueberschuldung des Gesellschaftsvermögens unterlassen haben, und nach § 5 des Einf.-Ges. die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Nichtbefolgung der Vorschriften über die Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechts unter Strafe stellen.

1) Konk.-O. § 209.

2) Vgl. Motive z. II Entwf. d. Strfgb. Abschnitt 24 Nr. 1. Motive z. Konk.-O. S. 322.

3) Sarwey a. a. O. § 209 Nr. 2. Völderndorf a. a. O. § 209 Nr. I. Schwarze Comment. z. Strfgb. S. 817 f. Oppenhoff § 209 Nr. 18. Entsch. III S. 190. Rsprch. I S. 18. H. Meyer S. 578.

Digitized by Google

wird betrachtet werden dürfen[1]). So gewiß aber die Weigerung des Schuldners zu zahlen an sich noch nicht Zahlungseinstellung ist und die von ihm erklärte Zahlungseinstellung sich nur auf Zahlungsunfähigkeit gründen kann, so hat sie doch nicht nothwendig die Ueberschuldung und auch nicht die wirkliche Zahlungsunfähigkeit zur Voraussetzung, denn sie kann auch die Folge einer irrthümlich vorausgesetzten, oder einer zum Zwecke der Täuschung Anderer fingirten Zahlungsunfähigkeit sein[2]). Sie hat nicht in allen Fällen die Konkurs-Eröffnung zur Folge, aber das Gesetz stellt ihr die Eröffnung des Konkurses, welche die Zahlungseinstellung, wofern sie nicht bereits vorangegangen war, mit sich bringt, gleich. Ob eine Zahlungseinstellung stattgefunden habe, ist eine Frage, welche der Strafrichter, ohne an vorangegangene civilrichterliche Entscheidung gebunden zu sein, zu prüfen und zu entscheiden hat, wogegen die Thatsache der Konkurs-Eröffnung auch für die strafrechtliche Frage entscheidend ist[3]). Die Strafbestimmungen wegen Bankerutts finden ferner aber auch Anwendung auf die Mitglieder des Vorstandes einer Actiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, wofern sie sich in dieser ihrer Eigenschaft einer der vom Gesetze mit Strafe bedrohten Handlungen schuldig gemacht haben[4]), eine Bestimmung, durch welche eine offenbare Lücke der Bestimmungen des Strafgesetzbuches ausgefüllt wurde[5]). Andere Vertreter einer natürlichen oder juristischen Person unterliegen den Strafbestimmungen wegen Bankerutts nur, sofern sie sich im Interesse des Schuldners einer in § 212 als strafbar bezeichneten Handlung schuldig machen.

In Betreff der zum Thatbestande erforderlichen Handlung unterscheidet das Gesetz den betrüglichen und den einfachen Bankerutt. Des ersteren macht sich schuldig der Schuldner, der die Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen der Konkurs

---

1) Schwarze a. a. O. Völderndorff § 209 Nr. II. Dagegen Merkel a. a. O. S. 819. Oppenhoff § 209 Nr. 18.

2) Schwarze, Oppenhoff a. a. O. Entsch. III S. 191. 294.

3) Schwarze S. 819. Oppenhoff § 209 Nr. 20.

4) Konk.-O. § 214.

5) Vgl. Goltd. Arch. XXIII S. 31 f.

Digitized by Google

eröffnet ist, wenn er in der Absicht seine Gläubiger zu benachtheiligen eine von den im Gesetze näher bezeichneten Handlungen verübte. Durch die Bezeichnung des Bankerutts als eines betrüglichen hat aber dieser nicht als ein durch betrügliches Handeln herbeigeführter bezeichnet werden sollen, denn wenn zwar die Zahlungseinstellung resp. Konkurseröffnung ein wesentliches Moment im Thatbestande des betrüglichen Bankerutts bildet, so ist doch die Art der Entstehung dieses Zustandes durchaus indifferent[1]), und auch dann, wenn er völlig schuldlos eintrat, kann er dadurch, daß eine ihm vorangehende oder nachfolgende als strafbar bezeichnete Handlung mit ihm in Verbindung trat, als betrüglicher Bankerutt erscheinen. Es haben ferner durch das Beiwort „betrüglich" auch die betreffenden Handlungen selbst nicht als betrügerische bezeichnet werden sollen, denn weder erfordern sie in allen Fällen die Erregung oder Unterhaltung eines Irrthums, noch auch nothwendig die Absicht sich oder einem Andern einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen. Nur insofern das zum Thatbestande erforderliche vorsätzliche Handeln, das durch die Absicht die Gläubiger zu beschädigen bestimmt ist, wohl in den meisten Fällen ein auf Täuschung berechnetes sein wird, erklärt es sich, daß um dieser Aehnlichkeit mit dem Betruge willen, das hier vorausgesetzte dolose Handeln als ein betrügliches bezeichnet wurde. Wenn also zwar die betreffende dolose Handlung nicht nothwendig eine die Zahlungseinstellung verursachende zu sein braucht, so muß sie doch in der Absicht verübt sein, die Gläubiger entweder durch Herbeiführung der Zahlungseinstellung oder bei Gelegenheit einer als bevorstehend erwarteten oder bereits eingetretenen zu benachtheiligen[2]). Die vorsätzliche Gefährdung des Vermögens der Gläubiger bildet demnach das schuldhafte, die Strafbarkeit bedingende Moment.

Wenn das Gesetz sich aber nicht darauf beschränkt unter der Voraussetzung der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung jedes in der Absicht solcher Gefährdung verübte Handeln für strafbar zu erklären, sondern casuistisch die Handlungen und Unterlassungen anführt die es zu solch absichtlicher Gefährdung als geeignet er-

---

1) Merkel a. a. O. S. 819. Schwarze a. a. O. S. 820. Oppenhoff § 209 Nr. 24. Hälschner in Goltd. Arch. XVIII S. 669. Seeger ebenda XX S. 142. H. Meyer S. 578.

2) Schwarze § 209 Nr. 1. Merkel a. a. O. S. 819. Entsch. III S. 191.

Digitized by Google

achtet, und die ausschließlich als solche in Betracht kommen sollen, ebenso wie es weiterhin die Handlungen und Unterlassungen anführt, die ausschließlich als die eine fahrlässige Gefährdung begründenden zu berücksichtigen sind, so darf daraus nicht gefolgert werden, daß es nur beabsichtigt habe eine Anzahl verschiedner, selbständiger Delicte in eine Strafsatzung zusammenzufassen. Es bezeichnet die in § 209 Nr. 1—4 angeführten Thatbestände als die verschiedenen Arten der Verübung des betrüglichen, wie die in § 210 Nr. 1—3 angeführten als die der Verübung des einfachen Bankerutts, und es ist ebenso unzulässig die Worte des Gesetzes: „wegen betrüglichen Bankerutts", „wegen einfachen Bankerutts", unbeachtet zu lassen, wie sie dahin zu deuten, daß sie nur eine Mehrheit verschiedener Delicte unter einen sachlich bedeutungslosen, gemeinsamen Namen zusammenfassen sollen[1]). Das Gesetz bezeichnet unzweideutig den Bankerutt als strafbar und will den Thatbestand des strafbaren Bankerutts feststellen, indem es die Momente anführt, vermöge deren er als ein schuldhafter erscheint. Als strafbar bezeichnet das Gesetz also den Bankerutt, d. h. die aus der Zahlungseinstellung unvermeidlich sich ergebende Beschädigung der Gläubiger[2]), die nicht vollständig, nicht rechtzeitig, nicht in der gehörigen Weise befriedigt werden, wofern dem Schuldner ein Verhalten zur Last fällt, das pflichtwidrig ist und zu dieser Beschädigung möglicherweise mitgewirkt hat. Hiernach ist es also die, unter den vom Gesetze angegebenen Voraussetzungen, zu präsumirende Beschädigung der Gläubiger, welche gestraft werden soll[3]).

§ 121. Als diejenigen Handlungen aus denen sich der Thatbestand des betrüglichen Bankerutts ergiebt, bezeichnet das Gesetz:

1) das Verheimlichen oder Beiseiteschaffen von Vermögensstücken. Das Wesentliche der Handlung ist dies, daß der Schuldner Stücke seines Activvermögens, seien es bewegliche oder unbewegliche Sachen oder Forderungen, den Gläubigern vorenthält, zu

---

1) Wie dies die Auffassung Merkel's ist.

2) Vgl. Goltd. Arch. XVIII S. 300. Völderndorff a. a. O. S. 630.

3) Meine Abhandlung in Goltd. Arch. XVIII S. 665 muß ich dahin berichtigen, daß, wie Seeger ebenda XX S. 137 f. richtig ausführt, von einer gesetzlichen Präsumtion eines Causalzusammenhanges der Zahlungseinstellung und des schuldhaften Verhaltens des Schuldners in keiner Beziehung die Rede sein kann, während die Präsumtion einer Beschädigung der Gläubiger unleugbar ist. An dem Ergebnisse meiner Abhandlung in Betreff der Concurrenz muß ich dagegen vollständig festhalten.

Digitized by Google

entziehen unternimmt. Es kann dies geschehen durch Verschweigen von Forderungen, durch das Verbergen von Eigenthumsobjecten, also durch ein Verheimlichen von Vermögensstücken in dem Sinne, daß sie der Wahrnehmung und Auffindung entzogen werden. Aber einerseits erfordert die Verheimlichung nicht Heimlichkeit der Handlung, denn auch die offen vorgenommene simulirte Veräußerung kann als ein Verheimlichen betrachtet werden, und andrerseits wird das Verheimlichen immer auch als ein Beiseiteschaffen erscheinen, da dieses nicht nothwendig eine Ortsveränderung, sondern nur dies erfordert, daß das Vermögensstück der Konkursmasse entzogen wird[1]). Das Verheimlichen und Beiseiteschaffen von Vermögensstücken, die nicht zur Konkursmasse gezogen werden dürfen, ist selbstverständlich straflos.

2) Das Anerkennen oder Aufstellen von Schulden oder Rechtsgeschäften, die ganz oder theilweise erdichtet sind[2]).

3) Das Unterlassen der dem Schuldner gesetzlich obliegenden Führung von Handelsbüchern. Die Pflicht Handelsbücher zu führen, liegt nur Kaufleuten und auch diesen nicht ausnahmslos ob. Der Strafrichter hat daher nach Maßgabe der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches zu entscheiden ob der Schuldner ein zur Führung von Handelsbüchern verpflichteter s. g. Vollkaufmann war[3]). Da die Pflichtversäumniß in der Absicht die Gläubiger zu benachtheiligen stattgefunden haben muß, so setzt sie die Kenntniß des Thäters von der ihm obliegenden Pflicht voraus, und ein Irrthum in Betreff derselben würde den hier erforderlichen Dolus ausschließen.

4) Das Vernichten oder Verheimlichen der Handelsbücher, oder ein Führen oder Verändern derselben in der Art, daß sie keine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren. Auch diese

---

1) Entscheidend ist also eigentlich das Beiseiteschaffen, das in allen Fällen stattfindet in denen ein Vermögensstück der Konkursmasse in irgend welcher Weise entzogen wird. Hiernach wird auch die in solcher Absicht erfolgte Veräußerung eines Grundstückes als ein Beiseiteschaffen zu betrachten sein. Rsprch. II S. 97. Oppenhoff § 209 Nr. 39. 40. Schwarze § 209 Nr. 4—6. Rüdorff § 209, Nr. 6. Völderndorff S. 632. Merkel a. a. O. S. 817.

2) Vgl. Völderndorff S. 633. Oppenhoff § 209 Nr. 43—45. Schwarze § 209 Nr. 9—13.

3) Vgl. Oppenhoff § 209 Nr. 46—54. Schwarze § 209 Nr. 14—17. Rüdorff § 209 Nr. 7.

Digitized by Google

Bestimmung findet zwar nur auf Kaufleute Anwendung, aber auf alle, welche thatsächlich Bücher geführt haben, da das Gesetz eine Beschränkung auf solche Kaufleute, denen die Führung von Handelsbüchern gesetzlich oblag, hier unterlassen hat[1]).

Das Verbrechen des betrüglichen Bankerutts ist vollendet mit der Zahlungseinstellung oder der Eröffnung des Konkursverfahrens, wofern die schuldhafte Handlung dieser voranging, dagegen mit Verübung der schuldhaften Handlung, wofern sie jener erst nachfolgte[2]). Im letzteren Falle würde ein Versuch des Verbrechens in der Weise vorkommen können, daß es erfolglos versucht würde, Vermögensstücke zu verheimlichen oder bei Seite zu schaffen, Handelsbücher zu vernichten, zu verheimlichen oder so zu verändern, daß sie keine Uebersicht des Vermögensstandes gewähren, aber nicht durch das Anerkennen oder Aufstellen erdichteter Schulden oder Rechtsgeschäfte, denn selbst wenn dies insofern erfolglos wäre als Niemand getäuscht und die Erdichtung sofort erkannt würde, erschiene das Verbrechen gleichwohl als bereits vollendet[3]).

Im ersteren Falle hat die Frage nach der Möglichkeit eines strafbaren Versuches wohl kaum ein praktisches Interesse, da so lange der Kaufmann solvent ist, ein ausreichender Anlaß zu einem Strafverfahren wegen Versuches des betrüglichen Bankerutts sich schwerlich ergeben wird. Gleichwohl ist der Versuch nicht unmöglich[4]) und würde namentlich in der Weise vorkommen können, daß der Kaufmann erdichtete Schulden aufstellt, anerkennt, in der Absicht eine fingirte Insolvenz herbeizuführen, oder für den Fall einer möglichen Insolvenz einen Theil seines Activ-Vermögens zum Nachtheile der Gläubiger sich zu reserviren oder anderen Personen zuzuwenden, eine Absicht die auch in der Handlungsweise selbst wohl genügend erkennbar sein würde[5]). Die unterlassene oder ord-

1) Merkel a. a. O. S. 818. Oppenhoff § 209 Nr. 58. Schwarze § 209 Nr. 18. Dagegen Schütze S. 493. 495. Pezold § 281 Nr. 19. Rsprch. II S. 376. 417. III S. 720.

2) Schwarze § 209 Nr. 1 a. Merkel a. a. O. S. 820. Rsprch. III S. 190.

3) Rücksichtlich einer nach der Zahlungseinstellung vorgenommenen Versuchshandlung kommt selbstverständlich die unterlassene Führung von Handelsbüchern nicht in Betracht, aber auch die Möglichkeit versuchter Aufstellung oder Anerkennung erdichteter Schulden ist nicht einzusehen. Dagegen Oppenhoff § 209 Nr. 36.

4) Dagegen Rubo § 43 Nr. 13.

5) Merkel a. a. O. S. 820 beschränkt die Möglichkeit des Versuchs

Digitized by Google

nungswidrige Führung von Handelsbüchern, sowie deren Vernichtung oder Verheimlichung setzt nicht nothwendig die Absicht die Gläubiger zu benachtheiligen voraus[1]), ist keine Handlung in welcher sich diese Absicht manifestirt, und wird darum auch nicht als strafbarer Versuch des betrüglichen Bankerutts betrachtet werden können. Das Verheimlichen oder Beiseiteschaffen von Vermögensstücken wird als strafbarer Versuch nur dann zu betrachten sein, wenn es in der Art und dem Maße geschieht, daß sich die Absicht eine fingirte Insolvenz herbeizuführen kundgiebt. Sofern diese Absicht mangelt, ist der solvente Kaufmann durchaus nicht verpflichtet jede Disposition über sein Vermögen die in dem möglichen Falle seiner späteren Insolvenz den Gläubigern nachtheilig sein könnte, zu vermeiden, selbst nicht eine solche bei welcher er diesen möglichen Fall im Auge hat. Der Kaufmann welcher hilfsbedürftige Verwandte zu unterstützen hat und ihnen, um sie für alle Fälle sicher zu stellen, statt eine fortlaufende Unterstützung zu geben, ein Kapital schenkt, ohne damit im gegebenen Augenblick seine Solvenz irgend zu gefährden, hat sich durch die Rücksicht auf seine mögliche Insolvenz bestimmen lassen, ist aber nicht des Versuches, und falls die Insolvenz eintritt, auch nicht des vollendeten betrüglichen Bankerutts schuldig[2]). Er handelt mit dem Bewußtsein einer möglichen Benachtheiligung der Gläubiger, die er aber ebensowenig wie die Zahlungseinstellung, der er zu entgehen hofft, beabsichtigt, und es ist deshalb unrichtig, daß die Absicht zu benachtheiligen nur jenes Bewußtsein, nicht den Willen zu beschädigen erfordere[3]). Ein Verheimlichen oder Beiseiteschaffen von Vermögensstücken in der Absicht die Gläubiger zu benachtheiligen wird nun zwar vor der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung nicht nur dann stattfinden können, wenn die Absicht zugleich darauf ging, diese herbeizuführen, sondern auch dann, wenn der Thäter im Bewußtsein seiner Insolvenz und der unvermeidlich gewordenen Zahlungseinstellung handelt, aber eben dann wird es auch unvermeidlich

---

auf die beabsichtigte Herbeiführung der Insolvenz, während Oppenhoff einen Versuch aller der unter 1, 2 und 4 vom Gesetz bezeichneten Handlungen für möglich erachtet.

1) Dagegen Merkel a. a. O. S. 818.

2) Dagegen Seeger in Goltd. Arch. XX S. 142.

3) So Rüdorff § 209 Nr. 5 a. Dagegen Oppenhoff § 209 Nr. 26. Merkel S. 818.

Digitized by Google

zu einer Bestrafung nicht des versuchten sondern vollendeten Verbrechens kommen.

Streitig ist die Frage, ob, wenn der Schuldner verschiedene der in § 209 bezeichneten Handlungen oder eine derselben mehrfach verübt hat, eine Concurrenz mehrerer als betrüglicher Bankerutt zu strafender Handlungen anzunehmen sei. Daß in solchem Falle eine Concurrenz stattfinde ist daraus gefolgert worden, daß das Gesetz ein ursächliches Verhältniß der für strafbar erkärten Handlungen resp. Unterlassungen und der Zahlungseinstellung nicht erfordere, somit im § 209 den Thatbestand verschiedener Delicte feststelle die von durchaus selbständiger Bedeutung nur in dem einen Momente übereinkommen, daß ihre Strafbarkeit die Zahlungseinstellung zur Voraussetzung hat, eine Folgerung die ausgeschlossen erscheinen würde, wenn das Gesetz, dem zum Vorbilde dienenden französischen Handelsgesetzbuche folgend, die Strafbarkeit des betrüglichen Bankerutts von der Verübung einer oder mehrerer der bezeichneten Handlungen abhängig gemacht hätte. So gewiß eine derartige Fassung vorzuziehen sein würde, so kann doch auch der des § 209 gegenüber jene Folgerung nicht als richtig anerkannt werden.

Es ist, wie bereits angeführt, unzulässig, den § 209 dahin zu deuten, daß er den Thatbestand verschiedner selbständiger Verbrechen, die nur im Namen und der Voraussetzung der Zahlungseinstellung übereinstimmen, feststelle, vielmehr erklärt das Gesetz den Bankerutt, die aus der Zahlungseinstellung unvermeidlich sich ergebende Beschädigung der Gläubiger, für strafbar, sofern der Schuldner zu dieser Beschädigung absichtlich mitwirkte, aber ohne Rücksicht darauf, ob seine Wirksamkeit den beabsichtigten Erfolg hatte oder nicht. Die strafrechtliche Norm, welche durch den betrüglichen Bankerutt verletzt wird, ist nur eine, und besteht in dem Verbote absichtlich mitzuwirken zu der vermöge Zahlungseinstellung erfolgenden Benachtheiligung der Gläubiger. Das Gesetz hat freilich diese Norm nicht in allgemeiner Weise gefaßt, sondern hat casuistisch die Handlungen und Unterlassungen bezeichnet, welche es als das Vermögen der Gläubiger gefährdende betrachtet, und die ausschließlich als solche in Betracht kommen sollen. Wer mehrere dieser Handlungeu verübt verletzt allerdings mehrfach dieselbe Rechtsnorm und macht sich mehrfach und in gesteigertem Maße der Gefährdung des Vermögens seiner Gläubiger schuldig, aber die mehreren Handlungen entspringen der einen und selbigen Ab-

Digitized by Google

sicht und erscheinen als die mehreren Acte nur eines fortgesetzten Verbrechens[1]), so daß in solchem Falle eine Concurrenz nicht stattfindet[2]). Darin kann der Umstand, daß hier das Gesetz, abweichend von anderen Fällen, die verschiedenen Weisen in denen die Rechtsnorm übertreten werden kann, anführt, nichts ändern, und die verbotene dolose Mitwirkung zur Benachtheiligung der Gläubiger, durch mehrere gleiche oder verschiedene dazu geeignete Handlungen kann nicht anders beurtheilt werden, als die vorsätzliche Körperverletzung die einem Andern mittelst mehrfacher Stockschläge und zugleich mittelst Messerstichen zugefügt wurde.

Die Strafe des betrüglichen Bankerutts ist Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren, und, wenn mildernde Umstände vorhanden sind, Gefängniß nicht unter drei Monaten, womit Verlust der Ehrenrechte verbunden werden kann.

§ 122. Der Thatbestand des einfachen Bankerutts[3]) hat ebenso wie der des betrüglichen zur Voraussetzung, daß der Thäter seine Zahlungen eingestellt habe, oder daß über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden sei, und weiter, daß er eine der vom Gesetze näher bezeichneten Handlungen verübt habe. Der Fall, daß diese Handlungen in der Absicht die Gläubiger zu benachtheiligen verübt wurden, ist hier ausgeschlossen und auch der Feststellung, daß der Schuldner durch Verübung einer solchen Handlung sich einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht habe, bedarf es nicht[4]). Offenbar aber geht das Gesetz von der Voraussetzung aus, daß mit der thatsächlichen Feststellung der Verübung jener Handlungen auch eine fahrlässige, leichtsinnige Gefährdung des Vermögens der Gläubiger, die hier als das schuldhafte, strafbare Moment erscheint, festgestellt erscheine[5]). Es ist ferner nicht er-

---

1) Vgl. oben Bd. I S. 661.

2) Dafür entschieden, wenn auch in verschiedner Art der Begründung, die Praxis. Vgl. Pezold § 281 Nr. 50. Zimmerle § 281 Nr. 39. Rsprch. I S. 77. 627. II S. 32. 277. 439. IV S. 257. Schwarze § 209 S. 820. H. Meyer S. 580. Schütze S. 495. Seeger a. a. O. S. 153. Sarwey a. a. O. S. 740. Dagegen Merkel S. 821. Oppenhoff § 209 Nr. 33, die beide in solchem Falle Real-Concurrenz annehmen.

3) Konk.-O. § 210.

4) Merkel a. a. O. S. 824. Oppenhoff § 210 Nr. 2. Schwarze § 210 Nr. 1. Rsprch. IV S. 35. 48. Entsch. V S. 407.

5) Daraus, daß es einer besonderen Feststellung der Fahrlässigkeit nicht bedarf, kann unmöglich gefolgert werden, daß bei dem einfachen Bankerutt

Digitized by Google

forderlich die Feststellung eines Causalzusammenhanges der betreffenden Handlung und der erfolgten Zahlungseinstellung, obwohl das Gesetz augenscheinlich von der Voraussetzung ausgeht, daß die für strafbar erklärte Handlungsweise regelmäßig, wenn nicht die alleinige, so die mitwirkende Ursache der Zahlungseinstellung, respective der Benachtheiligung der Gläubiger sein werde.

Des einfachen Bankerutts erscheint der Schuldner der die Zahlungen eingestellt hat schuldig 1) wenn er durch Aufwand, Spiel oder Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren übermäßige Summen verbraucht hat oder schuldig geworden ist. Ob der durch Aufwand, Spiel, Differenzhandel[1]) herbeigeführte Verbrauch von Summen ein übermäßiger war, läßt sich nur im concreten Falle in Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners ermessen[2]), und das Schuldhafte der Handlung liegt darin daß er, sei es mit Bewußtsein oder in unüberlegter Weise mehr Geld verbrauchte als eine sorgsame Vermögensverwaltung und Geschäftsführung ihm gestattete.

2) Wenn der Schuldner Handelsbücher zu führen unterlassen hat, deren Führung ihm gesetzlich oblag, oder dieselben verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt hat, daß sie keine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren. Einer solchen Handlung, respective Unterlassung können sich nur Kaufleute schuldig machen, und es gilt von ihr das Gleiche, wie von der entsprechenden auf den betrüglichen Bankerutt sich beziehenden Bestimmung, jedoch mit dem Unterschiede, daß dieses Verhalten, auch wenn es ein vorsätzliches und bewußt schuldhaftes ist[3]), doch nicht von der Absicht

---

irgend welche Verschuldung überhaupt nicht erforderlich sei. Dem entsprechend betrachtete das R.-G. Rsprch. I S. 467 die Bestrafung für ausgeschlossen, wenn der Schuldner sich in einem entschuldbaren Irrthum über den Sinn des Art. 29 des H.-G.-B. befand. Dagegen Oppenhoff § 210 Nr. 2. Merkel a. a. O. S. 824. Entsch. V S. 407.

1) Ueber Spiel und Differenzhandel vgl. Oppenhoff § 210 Nr. 6. 7. Merkel S. 825. Schwarze § 210 Nr. 5. 6. Rüdorff § 210 Nr. 2. Sarwey § 210 Nr. 4. 5. Völderndorff S. 641. Rsprch. I S. 526. 563. IV S. 516.

2) Völderndorff S. 642. Merkel S. 824.

3) Die unordentliche Buchführung kann in dem guten Glauben, daß sie eine ordnungsmäßige sei, stattgefunden haben. Dies entschuldigt nicht, und auch in dieser Beziehung bedarf es der besonderen Feststellung der Fahrlässigkeit nicht. Aber der Beweis des Beschuldigten, daß die unordentliche Buch-

Digitized by Google

die Gläubiger zu benachtheiligen bestimmt sein darf, und ferner, daß hier die Verheimlichung, Vernichtung, unordentliche Führung der Bücher nicht in Betracht kommt, sofern der Schuldner ein Kaufmann ist, dem eine Führung von Handelsbücher gesetzlich nicht oblag[1]).

3) Wenn der Schuldner gegen die Bestimmung des Handelsgesetzbuches es unterlassen hat die Bilanz seines Vermögens in der vorgeschriebnen Zeit zu ziehen. Auch die Bilanzziehung ist eine nur den s. g. Vollkaufleuten obliegende Pflicht, und bildet selbst einen Theil der geforderten ordnungsmäßigen Buchführung, so daß ihr Verabsäumen, wenn in Folge dessen die Bücher keine Uebersicht des Vermögensstandes gewähren, schon nach § 210 Nr. 2, und wenn es in der Absicht geschehen wäre die Gläubiger zu benachtheiligen, nach § 209 Nr. 3 oder 4 zu strafen sein würde. Die hier noch besonders für strafbar erklärte Unterlassung des Bilanzziehens gewinnt darum eine praktische Bedeutung nur dann, wenn bei der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung zwar Handelsbücher und eine ordnungsmäßige Bilanz, welche eine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren, vorliegen, die Bilanz aber nicht in der vorgeschriebenen Frist gezogen worden ist[2]). Eine mangelhafte, unrichtige Bilanz kommt nur als Moment einer unordentlichen Buchführung, nicht aber als unterlassene Bilanzziehung in Betracht[3]).

Vollendet ist das Vergehen des einfachen Bankerutts, wenn die schuldhafte Handlung der Zahlungseinstellung oder Eröffnung des Konkurses voranging, mit dieser, wenn sie ihr erst nachfolgte, mit ihrer Verübung.

Die Strafe des einfachen Bankerutts ist Gefängniß bis zu zwei Jahren.

Ebensowenig wie bei dem betrüglichen Bankerutte ergiebt sich bei dem einfachen aus der Verübung mehrerer der als strafbar bezeichneten Handlungen eine Concurrenz mehrerer Delicte[4]). Die

---

führung eine von ihm nicht verschuldete sei, z. B. weil er von seinem Gesellschafter getäuscht wurde, ohne daß ihn dabei eine Fahrlässigkeit trifft, wird als entschuldigend zugelassen werden müssen. Goltd. Arch. XXVII S. 377. Rsprch. I S. 197. Oppenhoff § 210 Nr. 11a.

1) Merkel S. 825. Oppenhoff § 210 Nr. 12. Schwarze § 210 Nr. 8.

2) Oppenhoff § 210 Nr. 16. Rüdorff § 210 Nr. 4. Rsprch. II S. 523.

3) Dagegen Merkel S. 825. Völderndorff S. 646.

4) Zimmerle § 283 Nr. 6. Schwarze S. 820. Rüdorff § 210

Digitized by Google

strafrechtliche Norm, welche durch den einfachen Bankerutt verletzt wird, besteht in dem Verbote eines fahrlässigen Verhaltens, das geeignet ist die Gläubiger zu benachtheiligen, und bestraft wird deren aus der Zahlungseinstellung sich ergebende Benachtheiligung, sofern dem Schuldner ein solches fahrlässiges Verhalten zur Last fällt. Aber auch hier hat das Gesetz die Handlungen und Unterlassungen die es als geeignet erachtet die Gläubiger zu benachtheiligen, und die allein als solche in Betracht kommen sollen, casuistisch bezeichnet. So wenig aber bei der fahrlässigen Tödtung eines Menschen sich eine Concurrenz daraus ergiebt, daß sie die Folge eines in mehrfacher Beziehung fahrlässigen Verhaltens war, so wenig hier, wenn der Schuldner sich mehrfach desselben oder eines verschiedenen fahrlässigen Verhaltens schuldig machte, und daran kann der Umstand nichts ändern, daß das Gesetz einen erweislichen Causalzusammenhang der Fahrlässigkeit und der Benachtheiligung nicht fordert, sondern die Fahrlässigkeit schon wegen ihrer möglichen Mitwirkung zur Benachtheiligung der Gläubiger für strafbar erklärt.

Die in der Praxis wie Theorie herrschende Ansicht, daß die Verübung mehrerer der in § 209 ebenso wie die mehrerer der in § 210 bezeichneten Handlungen nur als eine Strafthat aufzufassen sei, läßt sich nur rechtfertigen unter der Voraussetzung, daß das Gesetz in § 209 wie 210 nicht verschiedene selbständige Delicte in eine Strafsatzung zusammengefaßt, sondern den Bankerutt, d. h. die aus der Zahlungseinstellung sich ergebende Benachtheiligung der Gläubiger, für strafbar erklärt hat, sofern dem Schuldner ein näher bezeichnetes schuldhaftes Verhalten zur Last fällt, das als ein zu dieser Benachtheiligung möglicherweise mitwirkendes erscheint. Unter dieser Voraussetzung ist es aber eine unvermeidliche Consequenz eine Concurrenz mehrerer Delicte auch dann als ausgeschlossen zu betrachten, wenn der Schuldner sich mehrerer, theils in § 209, theils in § 210 bezeichneter Handlungen schuldig machte. Hätte das Gesetz diese Handlungen für strafbar erklärt, wofern sie mit der Zahlungseinstellung oder der Benachtheiligung der Gläubiger im Causalzusammenhange stehen, so würde es nicht dem mindesten Bedenken unterliegen, daß der eine und selbige strafbare Erfolg auch nur als ein, und zwar dolоses Delict zu strafen sein würde, sollte sich auch ergeben, daß er durch mehrfaches, verschie-

---

Nr. 5. Seeger a. a. O. S. 156. H. Meyer S. 580. Schütze S. 495. Rsprch. I S. 77. 627. Dagegen Oppenhoff § 210 Nr. 22. Merkel a. a. O.



Digitized by Google

schiedenes nicht nur dolose, sondern auch culpose Verhalten verursacht wurde. Wird nun freilich ein nachweisliches causales Verhältniß nicht erfordert, so werden doch auch die betreffenden Handlungen und Unterlassungen nicht lediglich wegen ihres gelegentlichen Zusammentreffens mit der Zahlungseinstellung gestraft, auch nicht lediglich deshalb, weil sie als absichtliche oder fahrlässige Gefährdung des Vermögens der Gläubiger erscheinen, denn dann müßten sie folgerecht, ganz unabhängig von einer erfolgten Zahlungseinstellung, als mit ihrer Verübung vollendete Delicte gestraft werden, sondern gestraft werden sie wegen ihres möglichen, präsumtiven ursächlichen Verhältnisses zu der Beschädigung der Gläubiger. Aber gleichviel ob es sich um den wirklichen und erwiesenen oder den möglichen, zu präsumirenden Causalzusammenhang handelt, so ist es doch immer nur die aus dem einen und selbigen Bankerutt sich ergebende Benachtheiligung der Gläubiger die gestraft werden soll, und die sich nicht in eine Mehrheit von Beschädigungen und von concurrirenden Delicten dadurch auflöst, daß eine mehrfache, theils dolose, theils culpose Thätigkeit des Schuldners, welche zu dieser Beschädigung möglicherweise mitgewirkt hat, vorliegt[1]).

---

1) Betrachtet man die Zahlungseinstellung als die gesetzlich nothwendige, aber rücksichtlich der Schuld indifferente Voraussetzung, den Bankerutt als den sachlich bedeutungslosen, gemeinsamen Namen für ein Mehrheit verschiedner Delicte, so ist es folgerecht stets Real-Concurrenz anzunehmen, möge eine Mehrheit der nach § 209 oder der nach § 210, oder eine Mehrheit theils nach § 209, theils nach § 210 zu strafender Handlungen vorliegen. So Merkel a. a. O. und Oppenhoff § 209 Nr. 33—35. Inconsequent aber ist es zwar bei dem Zusammentreffen mehrerer der in § 209 oder der in § 210 bezeichneten Handlungen nur eine Strafthat anzunehmen, dagegen Concurrenz mehrerer, falls Handlungen der einen mit solchen der andern Art zusammentreffen. So insbesondre Seeger a. a. O., der ideale Concurrenz annimmt, wenn sämmtliche, theils dolose, theils culpose Handlungen vor der Zahlungseinstellung liegen oder ihr nachfolgen, dagegen reale Concurrenz, wenn sie theils vor, theils nach der Zahlungseinstellung verübt wurden. Vgl. auch die Entscheidungen bei Oppenhoff § 209 Nr. 34. Goltd. Arch. XXVI S. 220. v. Buri im G.-Saal 1879 Beilage S. 40. Gegen die Annahme der Concurrenz Goltd. Arch. XVIII S. 289. Hälschner ebenda S. 665. Berner S. 582. H. Meyer S. 580. Hiller im G.-Saal 1880 S. 216. Das R.-Gericht Rsprch. IV S. 257. V S. 52 nimmt ideale Concurrenz zwischen betrüglichem und einfachem Bankerutt an.

Digitized by Google

c) Mit dem Bankerutt in Verbindung stehende Delicte.

§ 123. Die Theilnehmer an dem betrüglichen Bankerutte des Schuldners sind nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Theilnahme am Verbrechen zu strafen. Das Gesetz[1]) hat aber, ohne Rücksicht darauf ob der Schuldner wegen Bankerutts strafbar ist oder nicht, Zuchthaus bis zu zehn Jahren, bei mildernden Umständen Gefängnißstrafe oder Geldstrafe bis zu sechstausend Mark demjenigen gedroht, der im Interesse eines Schuldners, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensstücke desselben verheimlicht oder bei Seite geschafft hat, oder im Interesse eines solchen Schuldners, oder, um sich oder einem Andern Vermögensvortheil zu verschaffen, in dem Verfahren erdichtete Forderungen im eigenen Namen oder durch vorgeschobne Personen geltend gemacht hat. Es hat diese Strafbestimmung, wie es die Motive bezeichnen, die Aufgabe der Gefährdung der Gläubiger durch einen Dritten entgegen zu treten, also dafür zu sorgen, daß der Dritte, welcher die hier bezeichneten Handlungen verübt auch dann gestraft werden könne, wenn er, obwohl im Interesse des Schuldners, doch nicht als Theilnehmer an einem betrüglichen Bankerutte desselben gehandelt hat.

Das Verheimlichen und Beiseiteschaffen von Vermögensstücken geschieht im Interesse des Schuldners, wenn in der Absicht ihm einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zuzuwenden, die unvermeidlich zugleich als Absicht die Gläubiger zu benachtheiligen erscheint[2]). Die Handlung kann sowohl nach erfolgter Zahlungseinstellung wie in Rücksicht auf die bevorstehende verübt werden[3]), und ihre Strafbarkeit setzt die Kenntniß des Thäters von der erfolgten oder bevorstehenden Zahlungseinstellung voraus. Das Geltendmachen erdichteter Forderungen setzt voraus, daß die Zahlungseinstellung respective Konkurseröffnung vorangegangen sei,

1) Konk.-O. § 212.

2) Berner S. 534. Das Gesetz hat diese Absicht nicht ausdrücklich für erforderlich erklärt, setzt sie aber als mit der Absicht dem Schuldner einen Vortheil zuzuwenden, gegeben voraus. Dagegen Oppenhoff § 212 Nr. 4. Rüdorff § 212 Nr. 2. Merkel a. a. O. S. 824.

3) Merkel a. a. O. S. 823. Oppenhoff § 212 Nr. 6. Rüdorff § 212 Nr. 1a. Dagegen Sarwey § 212 Nr. 3.

Digitized by Google

und auch hier erscheint die Absicht die Gläubiger zu benachtheiligen, die mit der Absicht dem Schuldner, sich selbst oder einem Andern einen ihnen nicht gebührenden Vortheil zu verschaffen, unvermeidlich zusammenfällt, als das die Schuld und Strafbarkeit begründende Moment. Ein derartiges Verfahren würde, wenn es eine Beschädigung der Gläubiger zur Folge hatte, alle zum Thatbestande des Betruges erforderlichen Momente ergeben, von demselben unterscheidet sich aber der Thatbestand des hier bezeichneten Verbrechens dadurch, daß er die erfolgte Vermögensbeschädigung nicht erfordert, das Verbrechen vielmehr mit der in der angegebenen Absicht verübten Geltendmachung der erdichteten Forderung vollendet ist[1]).

Das preußische Strafgesetzbuch hatte in seiner, dem § 212 der Konkurs-Ordnung entsprechenden Bestimmung in § 260 hinzugefügt, daß die allgemeinen Vorschriften über die Theilnahme am Verbrechen zur Anwendung kommen, falls der Thäter im Einverständnisse mit dem Gemeinschuldner gehandelt habe, eine Bestimmung die ebenso wie in § 282 des Strafgesetzbuches auch in § 212 der Konkurs-Ordnung als entbehrlich weggeblieben ist, weil, wie die Motive zum Strafgesetzbuch sagen, die Anwendung der Vorschriften über die Theilnahme sich nach den allgemeinen Grundsätzen entscheiden muß. Ein Bedürfniß zu der in § 212 enthaltenen Strafbestimmung liegt nur vor für den Fall, daß der Thäter selbständig, nicht als Theilnehmer am betrüglichen Bankerutte des Schuldners, handelt, und obwohl die in § 212 bezeichneten Handlungen wohl meistens als Theilnahmshandlungen vorkommen werden, so enthält doch das Gesetz nicht irgend welche Andeutung davon, daß es die Bestrafung der Theilnahme am Bankerutt in einer von der allgemeinen Bestimmung abweichenden Art habe normiren wollen[2]). Sofern also eine der in § 212 bezeichneten Handlungen von einem

---

1) Vgl. Merkel a. a. O. S. 823. Völderndorff a. a. O. S. 653.

2) Dagegen Rüdorff § 212 Nr. 8, welcher annimmt, daß durch § 212 die Betheiligung Dritter am betrüglichen Bankerutt erschöpfend geordnet sei. Ebenso Völderndorff S. 652, welcher annimmt, nur derjenige solle wegen Theilnahme am betrüglichen Bankerutt gestraft werden, welcher die im § 212 bezeichneten Handlungen verübt. Die Voraussetzung, daß im andern Falle § 212 überflüssig sein würde, weil derartige Handlungen ohne Wissen und Einverständniß mit dem Schuldner und ohne Theilnahmshandlungen zu sein, nicht vorkommen würden, ist eine durchaus unhaltbare. Vgl. dagegen Merkel a. a. O. S. 822. Oppenhoff § 212 Nr. 1 a. Schwarze § 212 Nr. 2. Rsprch. II S. 762.

Digitized by Google

Dritten im Einverständnisse mit dem des betrüglichen Bankeruttes Schuldigen verübt wurde, wird er, je nach Lage der Sache, als angestifteter Thäter, als Mitthäter oder Gehilfe des Schuldners nach § 209 in Verbindung mit den allgemeinen Bestimmungen über die Theilnahme zu strafen sein, und es findet in solchem Falle auch nicht eine ideale Concurrenz der strafbaren Theilnahme mit dem nach § 212 zu strafenden Delicte, sondern nur eine s. g. Gesetzes-Concurrenz statt. Wer als Theilnehmer an dem betrüglichen Bankerutte eines Andern eine der in § 212 bezeichneten Handlungen verübt, macht sich nur einer strafbaren Rechtsverletzung schuldig, die sich dadurch, daß sie zugleich den Thatbestand des nach § 212 zu strafenden selbständigen Delictes ergiebt, nicht in eine Mehrheit concurrirender Delicte auflöst, und ihre volle rechtliche Würdigung nur in der Beurtheilung als Handlung eines Theilnehmers findet[1]). Wenn dagegen Jemand in Bezug auf denselben betrüglichen Bankerutt sich sowohl einer nach § 212 zu strafenden Handlung schuldig macht, wie einer nach § 209 zu strafenden Theilnahme am Verbrechen des Schuldners, so findet in solchem Falle reale Concurrenz mehrerer Verbrechen statt[2]).

§ 124. Ein eigenthümliches, von dem strafbaren Bankerutt verschiedenes Delict ist das der Begünstigung einzelner Gläubiger zum Nachtheile der Uebrigen, das vom Strafgesetzbuche nicht berücksichtigt, von der Reichs-Konkurs-Ordnung[3]), entsprechend den Bestimmungen der preußischen Konkurs-Ordnung, mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bedroht wird.

Der Thatbestand dieses Delictes setzt wie der des strafbaren Bankerutts voraus, daß der Schuldner seine Zahlungen eingestellt habe, oder daß über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden sei. Die strafbare Handlung muß zu der Zeit verübt sein, in welcher der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit kannte, gleichviel übrigens ob vor oder nach der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung und ob innerhalb der Frist, durch welche nach § 23 Nr. 2 ihre Anfechtbarkeit bedingt wird. Die Handlung besteht darin, daß einem Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt wird, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der

---

1) Merkel S. 822. Völderndorff a. a. O. Schwarze § 212 Nr. 2. Dagegen Oppenhoff § 212 Nr. 2. Vgl. Pezold § 283 Nr. 5.

2) Oppenhoff § 212 Nr. 2.

3) § 211.

Digitized by Google

Zeit zu beanspruchen hatte, und eben diese Handlung muß in der Absicht diesen Gläubiger vor den übrigen zu begünstigen, verübt sein, eine Absicht die selbst zugleich als die Absicht die übrigen Gläubiger zu benachtheiligen erscheint. Hiernach ist eine solche Begünstigung allerdings nahe verwandt mit dem betrüglichen Bankerutt der mittelst des Beiseiteschaffens von Vermögensstücken verübt wird, denn es wird ein Vermögenswerth der zur Konkursmasse gehört, dieser entzogen und es geschieht dies in der Absicht die Gläubiger zu benachtheiligen. Gleichwohl entspricht der Thatbestand solcher Begünstigung nicht vollständig dem des nach § 209 Nr. 1 zu strafenden betrüglichen Bankerutts, denn der letztere erfordert die Absicht die Gläubigerschaft, die Gesammtheit der Gläubiger, zu benachtheiligen, während die Begünstigung in der Absicht geschieht einige Gläubiger dadurch zu benachtheiligen, daß anderen ein Vortheil zugewendet wird[1]). Eben der Umstand aber, daß der Schuldner nicht beabsichtigt von dem Vermögen auf das seine Gläubiger Anspruch haben, irgend etwas sich selbst zu reserviren oder Anderen zuzuwenden, vielmehr nur in der Absicht handelt in die rechtlich geordnete Art der Verwendung des Vermögens zur Befriedigung der Gläubiger störend einzugreifen, läßt seine Verschuldung wesentlich geringer erscheinen als im Falle des betrüglichen Bankerutts. Es kann hiernach von einer idealen Concurrenz der nach § 211 zu strafenden Begünstigung und des nach § 209 Nr. 1 zu strafenden Bankerutts ebensowenig die Rede sein, wie davon, daß bei der Begünstigung sich eine Gesetzesconcurrenz von § 211 und 209 ergebe, die Anwendbarkeit von § 209 aber durch die speciellere Bestimmung in § 211 ausgeschlossen werde[2]). Dagegen würde sich reale Concurrenz ergeben, falls der Schuldner sich der Begünstigung und außerdem des betrüglichen Bankerutts schuldig machen sollte.

§ 125. Im Anschlusse an § 309 und 341 der preußischen Konk.-O. hat endlich die Reichs-Konk.-O. in § 213 auch den Gläubiger für strafbar erklärt, der sich besondere Vortheile dafür hat gewähren oder versprechen lassen, daß er bei den Abstimmungen

---

1) Rubo § 281 Nr. 5. Schütze S. 494. Dagegen Oppenhoff § 269 Nr. 41. Rsprch. IV S. 257, welche den Thatbestand des Vergehens in § 211 und des betrüglichen Bankerutts in § 209 Nr. 1 als identisch betrachten.

2) Wie Oppenhoff und das R.-Gericht a. a. O. annehmen.

Digitized by Google

der Konkursgläubiger in einem gewissen Sinne stimmen werde. Der Thatbestand erfordert, daß die Bestechung zur Zeit eines schwebenden Konkursverfahrens stattgefunden habe, gleichviel ob die Bestechung von dem Gemeinschuldner oder von einer andern Person ausgeht. Daß die Absicht des Bestochenen darauf gerichtet sei die andern Gläubiger zu beschädigen ist nicht erforderlich, ebensowenig der Nachweis, daß der Bestochene durch die Bestechung zu der Art seiner Abstimmung bestimmt worden sei. Die Strafbestimmung bezieht sich auf alle in den Gläubiger-Versammlungen vorkommenden Abstimmungen, ist aber allerdings von besonderem Werthe, sofern es sich um Abstimmung über einen Zwangsvergleich handelt.

Vollendet ist das Vergehen mit der Annahme des Vortheils oder des Versprechens unter Zusicherung der vom Bestechenden gewünschten Art der Abstimmung, sollte auch die Stimmabgabe nicht in dem versprochenen Sinne stattgefunden haben oder eine Abstimmung überhaupt nicht erfolgt sein. Der Bestechende macht sich der strafbaren Theilnahme an dem Vergehen des bestochenen Gläubigers schuldig[1]).

### 3. Vereitelung der Zwangsvollstreckung.

§ 126. Ein dem strafbaren Bankerutte nahe verwandtes Vergehen ist die Benachtheiligung der Gläubiger durch Vereitelung einer Zwangsvollstreckung. Nach der dem sächsischen Strafgesetzbuche entlehnten Strafbestimmung[2]), die den Zweck hat nach Beseitigung der Schuldhaft der Realexecution und ihrer Wirksamkeit erhöhte Sicherheit zu gewähren, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft, wer bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung, in der Absicht die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestandtheile seines Vermögens veräußert oder bei Seite schafft.

Subject des Vergehens kann nur der Schuldner sein und auf eine andere Person würde § 288 nur Anwendung finden, sofern sie als Theilnehmer am Vergehen des Schuldners erscheint[3]). Die

---

1) Merkel a. a. O. IV S. 454. Dagegen Bölderndorff a. a. O. S. 656.

2) St.-G.-B. § 288.

3) Oppenhoff § 288 Nr. 2. Schwarze § 288 Nr. 1. Schütze S. 503.

Digitized by Google

Handlung besteht, wie in dem entsprechenden Falle des betrüglichen Bankerutts, in dem Beiseiteschaffen eines Vermögensstückes, in irgend welcher Verfügung, durch welche das Vermögensstück der Zwangsvollstreckung entzogen wird, und dahin gehört auch die Veräußerung, wie die hier nicht genannte Verheimlichung. Die Handlung muß in der Absicht verübt sein, die Befriedigung des Gläubigers dadurch zu vereiteln, daß das Vermögensstück der drohenden Zwangsvollstreckung entzogen wird. Es handelt sich demnach um eine nicht unbedenkliche Ausnahmebestimmung, durch die der Schuldner in der an sich ihm zustehenden freien Verfügung über sein Vermögen beschränkt wird. Geschieht das Beiseiteschaffen von Vermögensstücken mit Rücksicht auf eine bevorstehende Zahlungseinstellung, so wird es unbedenklich als schuldhaft und rechtswidrig zu betrachten sein, weil es mit dem Bewußtsein geschieht, daß die Vermögensstücke der Konkursmasse entzogen, die Gläubiger damit unvermeidlich benachtheiligt werden, und weil von dem Schuldner mit Recht gefordert werden kann, sich bei bevorstehendem Konkurse jeder derartigen Verfügung über sein Vermögen zu enthalten, sollte sie auch nur den Zweck haben einen Gläubiger vor anderen zu befriedigen. Die gleiche Forderung kann aber nicht an Jeden gestellt werden dem eine Zwangsvollstreckung droht, und es ergiebt sich namentlich die Frage ob die Strafbestimmung des § 288 auch dann Anwendung finde, wenn der Schuldner dem eine Zwangsvollstreckung droht, Vermögensstücke veräußert um andere drohende, namentlich etwa bevorzugte Gläubiger zu befriedigen. Ein Beiseiteschaffen von Vermögensstücken um sie sich selbst zu reserviren oder Anderen die darauf keinen rechtlichen Anspruch haben zuzuwenden, die Absicht sich oder Anderen einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, würde unbedenklich als schuldhaft zu betrachten sein, aber eine solche Absicht wird zum Thatbestande des fraglichen Delictes nicht erfordert. Daß derjenige, welcher in der Absicht andere Gläubiger zu befriedigen Vermögensstücke veräußert, nicht in der Absicht handle sie der Verwendung zur Befriedigung des Gläubigers von dem die Zwangsvollstreckung droht, zu entziehen, läßt sich nicht behaupten, denn er ist sich dieses Erfolges als des unvermeidlichen Ergebnisses seiner Handlung bewußt, und der vom Thäter als unvermeidlich betrachtete Erfolg seiner Handlung ist immer ein beabsichtigter, mag er auch ein solcher sein, den er als einen seinen Interessen und seinem Zwecke dienenden nicht erachtet. Wie aber die in der Befriedigung eines Gläubigers be-

Digitized by Google

stehende rechtlich pflichtmäßige Handlung, abgesehen von dem Falle des drohenden Konkurses, eine rechtswidrige und strafbare sein könnte, ist nicht einzusehen. Fordert die Strafbestimmung des § 288 als eine Ausnahmebestimmung die stricteste Auslegung, so wird angenommen werden müssen, daß es sich bei der Absicht die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, nicht um die formale, sondern um die materielle Absicht, den Zweck des Thäters, handelt, daß das Beiseiteschaffen zu dem Zwecke die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, verübt und insofern ein böswilliges, rechtswidriges sein müsse, die Anwendung des § 288 darum ausgeschlossen erscheine, wenn die Handlung, zum Zwecke der Befriedigung eines andern Gläubigers verübt, sich als eine rechtlich pflichtmäßige darstellt[1]). Mit dem Zwecke die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln wird sich zwar regelmäßig ein weiteres Interesse des Thäters verbinden, aber die Rechtswidrigkeit dieser Zwecksetzung kann durch die Beschaffenheit des weiteren Interesses das der Thäter verfolgte nicht ausgeschlossen werden. Als ausgeschlossen erscheint der Zweck die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln nur dann, wenn die Handlung den Zweck hatte der rechtlichen

---

1) Die Praxis geht vorherrschend von der Ansicht aus, daß der Schuldner auch dann nach § 288 zu strafen sei, wenn er Vermögensstücke zum Zwecke der Befriedigung anderer Gläubiger veräußerte. Goltd. Arch. XXVI S. 340. XXVII S. 214. Zimmerle § 288 Nr. 17. Rsprch. I S. 36. 37. Die Folge davon ist, daß selbst der Gläubiger der sich die ihm gebührende Befriedigung vom Schuldner mit dem Bewußtsein verschafft, daß diesem eine Zwangsvollstreckung droht, als strafbar wegen Theilnahme am Vergehen des Schuldners angesehen wird. Goltd. Arch. XXVII S. 215. Andrerseits ist aber doch an dieser Auffassung Anstoß genommen worden, weil das Gesetz nur die böswillige Vereitelung der Zwangsvollstreckung habe strafen wollen, und diese Böswilligkeit, die Absicht die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, fehle, wenn der Schuldner in der Absicht handelte einen andern Gläubiger zu befriedigen, da zu jener Absicht das Bewußtsein die Befriedigung des ersteren zu vereiteln nicht genüge. Goltd. Arch. XXV S. 559. Zimmerle § 288 Nr. 16. Dagegen wird mit Recht eingewandt, daß die Absicht einen andern Gläubiger zu befriedigen, die Absicht den Gläubiger von dem die Zwangsvollstreckung droht zu benachtheiligen in sich schließe. Rsprch. d. Ob.-Trib. XIX S. 270. Die Entscheidung davon abhängig zu machen, ob die Absicht den einen Gläubiger zu befriedigen oder die den andern zu benachtheiligen, die vorherrschende war, vgl. das Urtheil bei Oppenhoff § 288 Nr. 8, ist unmöglich, da es ein Mehr oder Weniger des Beabsichtigens nicht giebt.

Digitized by Google

Verpflichtung gegen andere Gläubiger zu entsprechen, wenn auch der Handelnde als unvermeidliche Folge seiner Handlung es beabsichtigt, dem Gläubiger von dem die Zwangsvollstreckung droht, das zu entziehen, was zu seiner Befriedigung dienen könnte.

Daß die Absicht die Befriedigung des Gläubigers von dem die Zwangsvollstreckung droht zu vereiteln erreicht, der Gläubiger benachtheiligt sei, ist nicht erforderlich und der Thatbestand des Vergehens wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß anderweitige Vermögensstücke vorhanden waren und der betreffende Gläubiger aus ihnen seine Befriedigung erlangt hat.

Die Frage wann eine Zwangsvollstreckung als drohend anzusehen sei, ist eine in Rücksicht auf die Umstände des concreten Falles zu beantwortende Thatfrage. Jedenfalls wird die Zwangsvollstreckung nicht erst dann als drohend anzusehen sein, wenn sie bereits angeordnet oder beantragt, oder eine Verurtheilung erfolgt ist, aber andrerseits auch nicht schon dann, wenn der Schuldner sie im Bewußtsein seiner Verschuldung für möglich, wahrscheinlich ansieht, obwohl von Seiten des Schuldners noch nicht irgend ein bedrohlich erscheinender Schritt geschehen ist[1]). Auch in dieser Beziehung kommt es darauf an der ausnahmsweisen Beschränkung des Schuldners in der freien Verfügung über sein Vermögen keine ungebührliche Ausdehnung dadurch zu geben, daß eine Zwangsvollstreckung nur um ihrer Möglichkeit willen schon als drohend angesehen wird.

Das Vergehen ist vollendet mit der in der erforderlichen Absicht verübten Handlung. Der Versuch des Vergehens ist nicht für strafbar erklärt.

Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag desjenigen Gläubigers ein, von dem die Zwangsvollstreckung drohte und dessen Befriedigung vereitelt werden sollte[2]).

---

1) Vgl. Merkel a. a. O. S. 835. Schwarze § 288 Nr. 4. Olshausen § 288 Nr. 4. 5. H. Meyer S. 575, der es als ausreichend betrachtet, daß gerichtliche Schritte des Gläubigers zu befürchten waren. Die Praxis, auch die des R.-Ger., ist eine sehr schwankende, vgl. Oppenhoff § 288 Nr. 4. Rüdorff § 288 Nr. 3. Rsprch. I S. 31. 38. 151. 824. III S. 270. V S. 24.

2) Vgl. Rsprch. III S. 270.

Digitized by Google

## Zwölftes Kapitel.

# Strafbare Ausbeutung des Vermögens.

### 1. Strafbares Creditgeben an Minderjährige.

§ 127. Das Gesetz gewährt einen strafrechtlichen Schutz nicht nur dem Vermögensrechte gegen rechtswidrige Gefährdung und Beschädigung des Vermögens, sondern auch dem Vermögensinteresse in Fällen, in denen eine Gefährdung, Verletzung des formalen Rechtes nicht vorliegt. Die strafbare Handlung erscheint hier als eine solche, welche sich in die Formen des formalen Rechtes einkleidet, und von einer Beschädigung des Vermögens eines Andern kann hier nur insofern die Rede sein, als dieser zu einer Disposition über sein Vermögen veranlaßt wird, die als unwirthschaftlich, einer sorgsamen Vermögensverwaltung widersprechend, erscheint. Die betreffenden Strafbestimmungen haben daher zugleich einen präventiv-polizeilichen Charakter[1]), sofern sie zugleich den Zweck haben Personen, von denen zu besorgen ist, daß sie sich zu einem solchen ihre wirthschaftliche Lage gefährdenden Benehmen leicht bestimmen lassen, gegen die üblen Folgen ihrer eignen Unerfahrenheit, ihres Leichtsinns zu schützen, ihnen nach Möglichkeit die Gelegenheit sich ausbeuten zu lassen, zu entziehen.

Wie schon das römische Recht nicht nur durch civilrechtliche, sondern auch strafrechtliche Bestimmungen den Minderjährigen gegen seinen Leichtsinn in der Vermögensverwaltung zu schützen unternahm, so auch die neuere Gesetzgebung. Die hierauf bezüglichen Strafbestimmungen des preuß. Allg. Landrechts II, 20 § 1310 bis 1313 waren nicht in das preußische Strafgesetzbuch aufgenommen worden. Dagegen wurde diese mehr und mehr als solche empfundene Lücke der Strafgesetzgebung ausgefüllt durch das Gesetz

1) Motive z. II Entwf. § 297—299.

Digitized by Google

über das unerlaubte Creditgeben an Minderjährige vom 2. März 1857[1]), dem in wenig veränderter Fassung die Strafbestimmungen des deutschen Strafgesetzbuches § 301 und 302 entnommen sind.

Als strafbar bezeichnet das Gesetz denjenigen der in gewinnsüchtiger Absicht und unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen sich von demselben Schuldscheine, Wechsel, Empfangsbekenntnisse, Bürgschaftsinstrumente oder eine andere, eine Verpflichtung enthaltende Urkunde ausstellen, oder auch nur mündlich ein Zahlungsversprechen ertheilen läßt. Der Thatbestand des Vergehens erfordert hiernach, daß der Thäter sich eine, eine Verpflichtung enthaltende Urkunde ausstellen oder mündlich ein Zahlungsversprechen ertheilen ließ, und zwar von einem Minderjährigen den er als solchen kannte. Welcher Art die vom Minderjährigen übernommene Verbindlichkeit ist, zu welchem Zwecke er sie einging, ob das Geschäft rechtsverbindlich sei oder nicht, ist für den Thatbestand des Vergehens gleichgiltig. Wesentlich ist aber, daß der Thäter in gewinnsüchtiger Absicht handelte. Dazu ist mehr nicht erforderlich, als daß der Thäter sich selbst oder einem Andern einen pecuniären Vortheil zu verschaffen suchte, nicht dies, daß er einen rechtswidrigen Vortheil oder auch nur einen solchen beabsichtigte, der in einem irgend bedeutenden, ihn begünstigenden, Mißverhältnisse zu dem steht, was er leistet. In gewinnsüchtiger Absicht ist also auch dann gehandelt, wenn der Vortheil in einem Geschäftsgewinne, wie er unter den gleichen Verhältnissen von Jedermann gefordert und gewährt werden würde, oder in der Sicherung einer Forderung besteht[2]).

Der Thäter muß ferner den Minderjährigen unter Benutzung seines Leichtsinns oder seiner Unerfahrenheit veranlaßt haben die betreffende Urkunde auszustellen oder das Zahlungsversprechen zu ertheilen. Daß eine solche Benutzung stattgefunden habe, folgt also nicht schon daraus, daß in gewinnsüchtiger Absicht das Ausstellen der Urkunde oder das Zahlungsversprechen veranlaßt wurde, vielmehr bedarf dies der besonderen Feststellung[3]). Es wird dies daraus gefolgert werden können, daß der Minderjährige übervortheilt erscheinen würde, wenn er überhaupt zu erfüllen gezwungen

---

1) Vgl. Bericht der Justizcommission des Abgeordneten-Hauses in Goltd. Arch. V S. 109.

2) Oppenhoff § 301 Nr. 1. RSprch. IV S. 171. Entsch. VI S. 48.

3) Oppenhoff § 301 Nr. 5. Schwarze § 301 Nr. 3.

Digitized by Google

wäre, aber es ist eine solche wucherliche Uebervortheilung kein nothwendiges Erforderniß, denn auch wenn der Thäter sich mit dem ordnungsmäßigen kaufmännischen Geschäftsgewinne begnügt, wird eine Benutzung des Leichtsinnes angenommen werden dürfen, wenn etwa dem Minderjährigen wissentlich zum Zwecke verschwenderischer, seinen Verhältnissen nicht entsprechender Ausgaben Credit gewährt wurde[1]). Ist das Geschäft unter Zustimmung des Vaters oder Vormundes des Minderjährigen zu Stande gekommen, so erscheint damit die Benutzung seines Leichtsinnes ausgeschlossen[2]).

Die Strafe ist Gefängniß bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein, zu welchem der Minderjährige als der Verletzte berechtigt ist. Da die Strafbarkeit der That davon unabhängig ist ob der Minderjährige die übernommene Verbindlichkeit erfüllt hat oder nicht, ob er einen materiellen Nachtheil an seinem Vermögen erfahren hat oder nicht, so kann er als Verletzter freilich nur insofern erscheinen, als der Thäter seinen Leichtsinn, seine Unerfahrenheit mißbraucht hat. Damit ergiebt sich für den Anfang der Antragsfrist, daß diese nicht schon mit dem Tage beginnt, an welchem der Minderjährige veranlaßt wurde die Urkunde auszustellen, das Zahlungsversprechen zu ertheilen, sondern erst mit dem Tage, an welchem er zur Erkenntniß des Mißbrauches seines Leichtsinns, seiner Unerfahrenheit gelangte[3]).

Als ein qualificirter Fall des in § 301 bezeichneten Vergehens erscheint der in § 302 bezeichnete. Der Thatbestand des gedachten Vergehens wird hier insoweit vorausgesetzt, als auch hier erfordert wird, daß der Thäter in gewinnsüchtiger Absicht und mit Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen sich die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus einem Rechtsgeschäfte versprechen ließ, jedoch mit dem Unterschiede, daß die Verpflichtung auf Zahlung einer Geldsumme oder auf Gewährung geldwerther Sachen gerichtet sein muß, also hier mit Ausschluß einer auf zu leistende Handlungen gehenden Verpflichtung. Das erschwerende Moment der That liegt darin, daß der

---

1) Dagegen Merkel a. a. O. S. 847.

2) Es wäre denn, daß der Vater oder Vormund Theilnehmer am Vergehen des Thäters ist.

3) Oppenhoff § 301 Nr. 11. Rsprch. a. a. O.

Digitized by Google

Thäter sich die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Betheuerungen versprechen ließ, gleichviel ob er den Minderjährigen zu einem derartigen Versprechen bestimmte oder ob dieser sich zu demselben erbot.

Die Strafe ist Gefängniß bis zu einem Jahre, womit Verlust der Ehrenrechte verbunden werden kann, oder Geldstrafe bis zu dreitausend Mark.

Die gleiche Strafe trifft auch denjenigen, der sich eine Forderung, von der er weiß, daß deren Berichtigung ein Minderjähriger in der bezeichneten Weise versprochen hat, abtreten läßt.

Die Verfolgung tritt auch hier nur auf Antrag ein.

## 2. Der Wucher.

§ 128. Neben den vielen und mannigfachen polizeilichen und strafrechtlichen Bestimmungen des Particularrechtes der früheren Zeit, deren Zweck es war die Preise der Gegenstände des Handelsverkehrs zu regeln, hatten gemeinrechtliche Bedeutung die gegen den Zinswucher und den s. g. Dardanariat gerichteten Bestimmungen. In die neueren deutschen Strafgesetzbücher waren nur die Bestimmungen gegen den Zinswucher übergegangen, die insoweit übereinstimmten, als die Ueberschreitung des gesetzlich festgestellten Zinsfußes als das für den Thatbestand des Wuchers entscheidende Moment betrachtet wurde, während im Uebrigen vielfache Verschiedenheiten stattfanden. Wie nach den Bestimmungen des Preuß. Allg. Landrechts zog in den meisten deutschen Staaten der einfache Wucher nur civilrechtliche Folgen nach sich, wogegen ihn die Strafgesetzbücher von Braunschweig, Hessen, Thüringen und Sachsen für strafbar erklärten. Wo der einfache Wucher straflos war wurde die Strafbarkeit von der Verkleidung des wucherlichen Geschäftes abhängig gemacht, nach den Strafgesetzbüchern von Bayern, Altenburg, Würtemberg, Baden davon, daß eine den Thatbestand des Betruges ergebende Verschleierung verübt wurde. In den Strafgesetzbüchern von Hessen, Sachsen, Thüringen erscheint die Verkleidung, in denen von Altenburg und Braunschweig die betrügerische Verkleidung als Qualificationsmoment, ebenso die Gewerbsmäßigkeit in denen von Altenburg, Hannover, Hessen Thüringen und Sachsen. Das preußische Strafgesetzbuch forderte zum Thatbestande des strafbaren Wuchers gewohnheitsmäßige

Digitized by Google

Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsfußes oder eine die Gesetzwidrigkeit versteckende Einkleidung des wucherlichen Geschäftes. Die völlige Beseitigung der Wuchergesetze war aber nicht nur schon im Jahre 1848 von dem ständischen Ausschusse beantragt worden, sondern bildete auch späterhin wiederholt den zu keinem Ergebnisse führenden Gegenstand der Landtagsverhandlungen, während in anderen Staaten, wie in Bayern durch das Strafgesetzbuch von 1860 und in Lübeck durch das von 1863 die Strafbestimmungen für den Wucher aufgegeben wurden.

Das Bundesgesetz vom 14. November 1867, das seit 1871 für das ganze deutsche Reich mit Ausnahme von Elsaß-Lothringen galt, erklärte die Höhe der Zinsen, sowie die Höhe und Art der Vergütung für Darlehen und andre creditirte Forderungen, sowie Conventionalstrafen für unterlassene Zahlung einer solchen Forderung, als der freien Vereinbarung überlassen, und setzte mit Beseitigung des gesetzlichen Zinsfußes auch alle den Wucher betreffenden Strafbestimmungen außer Wirksamkeit. Die Erwartung aber, daß mit Beseitigung der Wuchergesetze auch der sittlich verwerfliche Wucher verschwinden und die Höhe des Zinsfußes in Folge der freigegebenen Concurrenz sich von selbst in der entsprechenden Weise regeln werde, erwies sich sehr bald als trügerisch. Die im bayerischen wie preußischen Landtage und endlich auch im Reichstage gestellten Anträge auf Wiederherstellung der Wuchergesetze gingen davon aus, daß die Wiederherstellung eines gesetzlich beschränkten Zinsfußes die nothwendige Voraussetzung bilde, während sich im Laufe der parlamentarischen Verhandlungen herausstellte, daß ein Bedürfniß gegen die wucherliche Ausbeutung auf dem Wege der Gesetzgebung einzuschreiten zwar anerkannt, eine Herstellung gesetzlicher Zinsbeschränkungen aber als ungerecht und verderblich verworfen wurde. Daraus ergab sich der 1879 im Reichstage eingebrachte Gesetzentwurf, der, in Anlehnung an die Strafbestimmungen gegen das unerlaubte Creditgeben an Minderjährige, es unternahm dem Thatbestande des strafbaren Wuchers eine Fassung zu geben, bei welcher von einem gesetzlich beschränkten Zinsfuße und dessen Ueberschreitung abgesehen wird. An diesen Entwurf, in der Fassung die er durch die Reichstags-Commission erhalten hatte, schloß sich vollständig, nur mit Erhöhung der Strafsatzungen und Beifügung civilrechtlicher Bestimmungen, der Entwurf an, welcher 1880 vom Bundesrathe ausgehend dem Reichstage vorgelegt wurde und im Wesentlichen unverändert zur Annahme ge-

Digitized by Google

langte. Das betreffende Gesetz vom 24. Mai 1880 ordnete zugleich an, daß die Strafbestimmungen als die Paragraphen 302a—d in das Strafgesetzbuch einzufügen seien.

§ 129. Der Thatbestand des Wuchers[1]) hat ein Darlehn oder Stundung einer Geldforderung zur Voraussetzung, beschränkt sich also auf Ausbeutung des Schuldners bei Geldcreditgeschäften, denn die Zusammenstellung des Darlehns mit der Stundung von Geldforderungen und das weiter erforderliche Thatbestandsmoment der Ueberschreitung des üblichen Zinsfußes ergiebt, daß das Gesetz das Darlehn in dem engeren Sinne des Gelddarlehns genommen hat. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß ein in verschleierter Form gewährtes Darlehn als wucherlich gestraft werde, so das in die Form des Ankaufes beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechtes eingekleidete Darlehn, die Cession einer Forderung zu unverhältnißmäßig niederer Valuta, die Ueberlassung geldwerther Sachen statt baren Geldes zu einem den Werth weit überschreitenden Preise u. s. w. Insoweit es sich um Stundung einer Geldforderung handelt ist es gleichgiltig, welches der Entstehungsgrund der Forderung sei, ob ein Darlehn oder irgend ein anderes Geschäft[2]).

Es wird weiter erfordert, daß der Thäter für das Darlehn oder die Stundung Vermögensvortheile sich oder einem Dritten versprechen oder gewähren ließ. Durch die Bestimmung, daß es gleichgiltig ist ob der Thäter die Vortheile sich selbst oder einem Dritten versprechen oder gewähren ließ, soll die Anwendbarkeit des Gesetzes auch für den bei dem Wucher häufigen Fall einer Verbindung Mehrerer zu wucherlicher Ausbeutung Anderer gesichert werden[3]). Die Vermögensvortheile können in Geldleistungen bestehen, sind aber nicht auf sie beschränkt, und am wenigsten sind sie beschränkt auf die Vortheile, welche ausdrücklich als Zins für das creditirte Kapital gefordert oder gewährt wurden. Unter welchem Namen und Titel die Vortheile versprochen oder gewährt

---

1) Schwarze Erläuterung des Reichsgesetzes betreffend den Wucher. 1881. Freudenstein Das Reichswuchergesetz. 1882. von Lilienthal in Conrad Jahrbuch für Nationalökonomie N. F. Bd. I und in Holtzendorff Rechtslexikon s. v. Wucher.

2) Schwarze a. a. O. § 13. 14. Oppenhoff § 302a Nr. 4. Rüdorff § 302a Nr. 4. Freudenstein a. a. O. S. 36 f. Olshausen § 302a Nr. 7. Rsprch. III S. 322.

3) Schwarze a. a. O. § 16.

Digitized by Google

wurden ist gleichgiltig, wofern nur festgestellt ist, daß sie für das Darlehn, für die bewilligte Stundung versprochen oder gewährt wurden[1]). Dazu ist nicht erforderlich, daß die Zusage der Vortheile mit der Hingabe des Darlehns oder der Bewilligung der Stundung zeitlich zusammenfalle, wohl aber müssen die Vortheile als Bedingung des zu gewährenden Credits gefordert, versprochen, gewährt worden sein[2]). Vortheile, die sich der Gläubiger bei Auflösung des Creditgeschäftes, für die Rückgabe eines Pfandes, für die Löschung einer Hypothek, gewähren ließ, kommen hiernach als wucherliche nicht in Betracht[3]), mögen sie auch als eine übermäßige Vergütung für die bisherige Benutzung des creditirten Kapitals erscheinen, ebensowenig Vortheile, welche einem Dritten als Provision für Beschaffung des Darlehns gewährt wurden, es sei denn, daß dieser als Theilnehmer an dem Delicte des Darleihers erscheint. Daß der Thäter die Vortheile in ihrem übermäßigen Betrage forderte ist nicht erforderlich, denn er läßt sie sich auch versprechen oder gewähren, wenn er die ihm angebotenen Vortheile in Erkenntniß der Lage des Schuldners und im Bewußtsein des Mißverhältnisses derselben zu seinen Leistungen annimmt[4]).

Die versprochenen oder gewährten Vermögensvortheile müssen in ihrem Gesammtbetrage den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß sie nach den Umständen des Falles in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen. Hiernach kommt es im concreten Falle darauf an die dem Gläubiger gewährten Vortheile nach ihrem Gesammtwerthe mit dem Werthe seiner Leistungen zu vergleichen, und indem das Gesetz darauf verzichtet hat durch Feststellung eines nicht zu überschreitenden Zinsmaßes dem Werthe dessen was der Gläubiger leistet eine feste Grenze zu ziehen, bleibt für diese Werthvergleichung dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum offen, innerhalb dessen es sich unter Berücksichtigung der vom Gesetze angegebenen leitenden Gesichtspunkte zu bewegen hat[5]).

---

1) Schwarze a. a. O. § 17. Freudenstein a. a. O. S. 38.

2) Schwarze a. a. O. § 15.

3) Oppenhoff § 302 a Nr. 8. Rüdorff § 302 a Nr. 4. Entsch. IV S. 390. Rsprch. III S. 230. 322. IV S. 14.

4) Oppenhoff § 302 a Nr. 14. Schwarze Comment. § 302 a Nr. 17. Rsprch. IV S. 111.

5) Gegen eine derartige Normirung des Thatbestandes neuerdings Freudenstein a. a. O. S. 67 f., der aber nicht angiebt, wie sie anders erfolgen könnte ohne gesetzliche Feststellung des zulässigen Zinsfußes, und Ortmann



Digitized by Google

Nach unten hin zieht das Gesetz dem Ermessen des Richters eine Grenze durch die Bestimmung, daß ein wucherliches Geschäft nicht angenommen werden darf, falls die Vortheile die der Gläubiger sich versprechen oder gewähren ließ den üblichen Zinsfuß nicht überschreiten. Als üblicher Zinsfuß ist das Maß von Zinsen zu betrachten, das unter den gleichen Voraussetzungen wie den im vorliegenden Falle gegebenen, regelmäßig gefordert und zugestanden wird. Es werden hiernach alle diejenigen Momente, welche einen mitbestimmenden Einfluß auf den Zinsfuß ausüben, die allgemeinen Creditverhältnisse die durch örtliche Verhältnisse modificirt werden, der Zweck des Creditgeschäftes, das erforderliche Entgelt für die Gefahr des Kapitalverlustes, wie für die Mühwaltung des Gläubigers, in Betracht zu ziehen sein[1]). Allerdings wird auch auf diesem Wege sich immer nur ein durchschnittlicher Zinsfuß ermitteln lassen und eine geringfügige Abweichung von demselben wird nicht schon als wucherliche Ueberschreitung des üblichen Zinsfußes betrachtet werden können. Selbst ein Ueberschreiten der Maximalgrenze bis zu welcher der übliche Zinsfuß sich erhebt, würde nicht hinreichen, vielmehr fordert das Gesetz ein Ueberschreiten des üblichen Zinsfußes, aus welchem sich nach den Umständen des Falles ein auffälliges Mißverhältniß der Vermögensvortheile und der Leistungen des Gläubigers ergiebt[2]). Daß bei der Vergleichung der Vortheile und Leistungen des Gläubigers die Umstände des concreten Falles zu berücksichtigen sind, versteht sich von selbst, und der ausdrückliche Hinweis auf die Umstände des Falles soll augenscheinlich dazu dienen das Erforderniß des auffälligen Mißverhältnisses um so schärfer hervorzuheben, das selbst dann sich ergeben muß, wenn die etwa außergewöhnlichen Umstände des Falles berücksichtigt werden. Entscheidend für die Feststellung des Mißverhältnisses von Vortheilen und Leistungen des Gläubigers sind

---

in Goltd. Arch. XXVII S. 409 f., der 25 Procent als gesetzlich zulässiges Zinsmaß fordert und nur dessen Ueberschreitung als Wucher gestraft wissen will, womit dem Wucher ein weites Feld seiner verderblichen Wirksamkeit offen bleiben würde. Vgl. dagegen Schwarze a. a. O. S. 17 f. 24 f. Lilienthal im R.-Lexikon a. a. O.

1) Vgl. Schwarze a. a. O. § 3. 19. Freudenstein a. a. O. S. 55 f. Lilienthal a. a. O., der eine gesetzliche Normirung dieser unteren Grenze des Wuchers fordert.

2) Vgl. Schwarze a. a. O. § 20. Freudenstein a. a. O. S. 60 f. Olshausen § 302a Nr 8. 9.

Digitized by Google

nur die zur Zeit der Eingehung des Geschäftes gegebenen Umstände, nicht das schließliche Ergebniß des Geschäftes, und das zu jener Zeit gegebene auffällige Mißverhältniß wird dadurch nicht getilgt, daß es sich später durch nicht vorherzusehende Umstände zu einem dem Schuldner günstigen gestaltet, wie umgekehrt das zur Zeit des Geschäftsabschlusses entsprechende Verhältniß von Vortheilen und Leistungen des Gläubigers durch derartige dem Schuldner nachtheilige Umstände nicht nachträglich in ein Mißverhältniß verwandelt werden kann[1]).

Hat das Gesetz die Höhe der Zinsen und anderer Vergütungen für Darlehne und sonstige creditirte Forderungen der freien Vereinbarung der Parteien überlassen, so kann auch ein auffälliges Mißverhältniß der Vermögensvortheile und der Leistungen des Gläubigers nicht hinreichen ihn wegen Wuchers für strafbar zu erachten. Zu den angegebenen Voraussetzungen des Wuchers tritt vielmehr als das für die Strafbarkeit entscheidende Moment dies hinzu, daß der Thäter das betreffende Geldcreditgeschäft unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinnes oder der Unerfahrenheit eines Andern abschloß.

Der Ausbeutung des Schuldners macht sich der Thäter schuldig, sofern er in gewinnsüchtiger Absicht, mit der Absicht handelt zum Nachtheile des Schuldners aus dessen Vermögen sich oder einen Andern zu bereichern. Insoweit kommt der Dolus des Wucherers mit dem des Betrügers überein und auch die Thätigkeit beider stimmt insofern überein, als beide sich einer Handlung des Verletzten selbst zur Verwirklichung ihrer Absicht bedienen. Ein wesentlicher Unterschied findet aber insofern statt als der Betrug erfordert, daß die den Betrogenen beschädigende Handlung durch den Betrüger mittelst Täuschung verursacht sei, während bei dem Wucher ein ursächliches Verhältniß des den Schuldner benachtheiligenden Versprechens oder Gewährens von Vermögensvortheilen und des Verhaltens des Wucherers nicht erfordert wird. Der Betrüger versetzt den Betrogenen in die Lage in der er, scheinbar frei wählend, sich zu der ihn beschädigenden Handlung entschließt, der Wucherer benutzt die vorgefundene Lage des Andern, durch welche dieser in der ruhigen und besonnenen Erwägung und richtigen Würdigung der Verhältnisse beeinträchtigt, sich für das ihn benachtheiligende

1) Schwarze a. a. O. § 20. Freudenstein S. 60. Rsprch. II S. 706.

Digitized by Google

Geschäft entscheidet, er benutzt diese Lage zur Ausbeutung des Andern.

Das Gesetz hat näher die den Schuldner motivirenden Einflüsse, welche der Thäter zum Zwecke der Ausbeutung benutzt, bezeichnet und zwar zunächst die Nothlage des Schuldners. Worin diese ihren Grund hat, ob sie verschuldet ist oder nicht kommt nicht in Betracht, sondern nur dies, daß der Schuldner um ein ihm drohendes Uebel, gleichviel worin es bestehe, von sich abzuwenden der Geldmittel bedarf, und um sie zu erlangen sich entschließt das ihm zur Zeit geringer erscheinende Uebel des Gewährens oder Versprechens unverhältnißmäßig hoher Vortheile auf sich zu nehmen. Die im gegenwärtigen Augenblicke ihn bedrängende Noth bestimmt ihn Verpflichtungen auf sich zu nehmen, welche die Gefahr einer späteren gesteigerten Nothlage mit sich bringen. Bei Beantwortung der Frage ob der Schuldner sich im Sinne des Gesetzes in einer wirthschaftlichen Nothlage befand, wird vor allem die Beschaffenheit des drohenden und des abzuwendenden Uebels und die Macht seines motivirenden Einflusses, die es erklärt, daß der Schuldner ihr nicht Widerstand zu leisten vermochte, in Betracht kommen, denn nicht jeder drohende Nachtheil den der Schuldner nur von sich abwenden kann, indem ihm Credit gewährt wird, ist schon geeignet einen wirthschaftlichen Nothstand zu schaffen, und es als eine Ausbeutung erscheinen zu lassen, wenn der Schuldner sich dazu verstand dem Gläubiger unverhältnißmäßig große Vortheile zuzugestehen[1]).

Das Gesetz hat ferner die Ausbeutung des Leichtsinnes als den Thatbestand des Wuchers ergebend, bezeichnet. Es handelt sich hier um den Leichtsinn desjenigen, der um des Vortheils willen, den das Creditgeschäft ihm gewährt, es unterläßt die für ihn nachtheiligen Folgen desselben sich klar zu vergegenwärtigen und sie zu würdigen, oder auch desjenigen, welcher mit klarem Bewußtsein die Folgen des wucherlichen Geschäftes auf sich nimmt, weil er auf die Befriedigung seiner gegenwärtigen Wünsche und Neigungen um der in der Zukunft liegenden Nachtheile willen nicht zu verzichten vermag. Einer solchen Handlungsweise wird sich allerdings in der Regel nur der schuldig machen, der seiner Charakterbeschaffenheit nach als leichtsinnig erscheint, aber wenn zur Feststellung der

1) Vgl. Schwarze a. a. O. § 12. Freudenstein a. a. O. S. 25 f. Lilienthal a. a. O. Olshausen § 302a Nr. 10. Entsch. IV S. 390.

Digitized by Google

Ausbeutung des Leichtsinnes zwar der Umstand dienen kann, daß der Schuldner als leichtsinnig bekannt ist, so bildet dieser Umstand doch nicht die nothwendige Voraussetzung jener Feststellung. Es kann der regelmäßig mit Umsicht und Besonnenheit Handelnde sich ausnahmsweise durch Leichtsinn zum Abschlusse eines wucherlichen Geschäftes verleiten lassen, und andrerseits kann zur Feststellung der Ausbeutung des Leichtsinnes es noch nicht genügen, wenn festgestellt ist, daß der als leichtsinnig bekannte Schuldner dem Gläubiger bei einem Creditgeschäfte unverhältnißmäßige Vortheile zugestanden hat. Es kommt also immer darauf an, daß neben den anderen Erfordernissen des Thatbestandes die im concreten Falle stattgehabte Ausbeutung des Leichtsinnes festgestellt werde[1]).

Endlich stellt das Gesetz der Ausbeutung der Nothlage und des Leichtsinnes die der Unerfahrenheit gleich. Hier handelt es sich insbesondere um die Geschäftsunkenntniß desjenigen der sich die Bedeutung der von ihm dem Gläubiger gewährten Vortheile und ihr Verhältniß zu den Leistungen des Gläubigers nicht genügend klar zu machen weiß, oder dem Wucherer in die Hände fällt, weil er bei mangelnder Kenntniß der Verkehrsverhältnisse eine andere Gelegenheit auf billigere Bedingungen Credit zu erlangen nicht zu finden und zu benutzen weiß[2]). Auch hier wird der Bewucherte wohl meistens ein Mensch sein, der vermöge allgemeiner geistiger Beschränktheit als ein Unerfahrener zu bezeichnen ist, aber auch hier ist dies nicht die nothwendige Voraussetzung der Ausbeutung der Unerfahrenheit, da eine Unkenntniß auf dem Gebiete der Geldverkehrs-Verhältnisse sehr wohl auch in Verbindung mit einem genügenden Maße allgemeiner intellectueller Bildung vorkommen kann. Auch hier wird also die im concreten Falle stattgehabte Ausbeutung der Unerfahrenheit festzustellen sein und nicht ohne weiteres aus der geistigen Beschränktheit des Bewucherten gefolgert werden dürfen.

Rücksichtlich des erforderlichen Dolus des Wucherers ergiebt sich hiernach, daß er sich des Mißverhältnisses seiner Leistungen und des ihm zugestandenen Vermögensvortheiles bewußt gewesen und das wucherliche Geschäft in gewinnsüchtiger Absicht abgeschlossen

---

1) Vgl. Schwarze a. a. O. Freudenstein a. a. O. S. 29 f. Rüdorff § 302 a Nr. 3.

2) Schwarze a. a. O. Freudenstein a. a. O. S. 34. Rsprch. III S. 680.

Digitized by Google

haben muß, ferner aber auch, daß er in Erkenntniß der Nothlage, des Leichtsinnes, der Unerfahrenheit des Andern, sie zu seinem Vortheile ausnutzend, gehandelt habe[1]). Die Ausbeutung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Wucherer die ihm zugestandenen Vortheile nicht forderte, sondern die angebotenen annahm[2]), und dies umsoweniger dann, wenn er durch die Weigerung Credit zu gewähren, den Schuldner veranlaßte sein Angebot bis zu dem Maße zu steigern, zu welchem ihm schließlich der Credit gewährt wurde.

Für die Theilnahme am Wucher sind die allgemeinen Normen maßgebend.

Vollendet ist das Vergehen des Wuchers sobald der Gläubiger sich oder einem Dritten die Vermögensvortheile versprechen oder gewähren ließ. Im Falle des Versprechens ist also zur Vollendung nicht erforderlich, daß in Folge desselben geleistet worden sei, denn der Thatbestand erfordert nicht, daß der Bewucherte eine materielle Vermögensbeschädigung erlitten habe. Allerdings haben die strafrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes in Verbindung mit den betreffenden civilrechtlichen auch den Zweck den Schuldner gegen Beschädigung zu schützen, respective ihm Schadensersatz zu verschaffen, abweichend von der früheren Gesetzgebung, welche vorwiegend vom Gesichtspunkte der dem Schuldner zugefügten Beschädigung ausging, hat aber das Reichswuchergesetz mit Recht die über das Interesse des Einzelnen hinausreichende, für das wirthschaftliche Wohl des Volkes gemeinschädliche Wirksamkeit des Wuchers als das für seine Strafbarkeit entscheidende Moment betrachtet[3]).

Ist das Vergehen des Wuchers mit Abschluß des wucherlichen Geschäftes begangen, so beginnt damit auch die Verjährungsfrist der Strafverfolgung zu laufen.

Die Begehung des Wuchers findet aber mit Abschluß des wucherlichen Geschäftes nicht unbedingt ihr Ende, denn in einem jeden Falle, in welchem der Thäter auf Grund des von ihm acceptirten Versprechens fernerhin die Leistung der wucherlichen Vortheile annimmt, macht er sich von neuem der Begehung des Delictes schuldig, und alle einzelnen Fälle der Empfangnahme der auf das-

---

1) Oppenhoff § 302a Nr. 18. Rsprch. II S. 706. Entsch. V S. 9.
2) Rsprch. II S. 706.
3) Dagegen Freudenstein a. a. O. S. 68.

Digitized by Google

selbe wucherliche Geschäft sich beziehenden Leistungen bilden nur die einzelnen Acte des einen fortgesetzten Vergehens des Wuchers, nicht aber eine Mehrheit verschiedener, concurrirender Vergehen. Damit ergiebt sich von selbst, daß die Strafverfolgung erst dann verjährt ist, wenn seit dem letzten wucherlichen Acte die gesetzliche Frist abgelaufen ist. Falls aber gegen wucherliche Vortheile Stundung für eine aus einem wucherlichen Geschäfte herrührende Forderung gewährt wird, liegt Concurrenz zweier verschiedner Wuchervergehen vor[1]).

Der Versuch des Wuchers ist nicht strafbar.

Die Strafe des Wuchers ist Gefängniß bis zu sechs Monaten und zugleich Geldstrafe bis zu dreitausend Mark. Mit der Gefängnißstrafe kann, wenn sie wenigstens drei Monate beträgt, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verbunden werden.

§ 130. Als qualificirten Fall des Wuchers bezeichnet das Gesetz den, daß der Thäter sich oder einem Dritten die wucherlichen Vermögensvortheile verschleiert oder wechselmäßig, oder unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Betheuerungen versprechen läßt[2]).

Als verschleiert oder verdeckt erscheint das wucherliche Geschäft, wenn es in eine Form eingekleidet wurde, vermöge deren die wucherlichen Vortheile schwer oder gar nicht erkennbar sind[3]), gleichviel ob die Verschleierung stattfindet um dem Schuldner selbst die wucherlichen Vortheile zu verbergen, oder mit dessen Vorwissen, um das Gericht oder andere Personen zu täuschen. In Betreff des Thäters wird vorausgesetzt, daß er sich der Verschleierung bewußt war, und sich ihrer absichtlich bediente[4]).

Das wechselmäßige Versprechen erfordert die Benutzung der Wechselform bei Eingehung des wucherlichen Geschäftes, gleichviel

---

1) Schwarze a. a. O. § 22. Freudenstein a. a. O. S. 185. Oppenhoff § 302a Nr. 16. 17. Goltd. Arch. III S. 807. VIII S. 567.

2) Strfgb. § 302b.

3) Vgl. Schwarze a. a. O. S. 73 f. Freudenstein a. a. O. S. 75 f.

4) War der Thäter sich der Verschleierung bewußt, so beabsichtigte er sie auch, und die Entscheidung des R.-Gerichts, Rsprch. IV S. 385, daß es nur des Bewußtseins, nicht der besondern Absicht der Verschleierung bedürfe, kann wohl nur den Sinn haben, daß es gleichgiltig ist, ob der Wucherer sich der verschleierten Form bediente, weil er dabei einen weiteren Zweck verfolgte, oder lediglich deshalb, weil er sich in solcher Weise die wucherlichen Vortheile sichern wollte.

Digitized by Google

ob der Schuldner als Aussteller oder Acceptant, Indossant oder Wechselbürge sich obligirte, und setzt einen den formalen Forderungen des Gesetzes entsprechenden Wechsel voraus[1]). Der Grund seiner gesetzlichen Auszeichnung liegt darin, daß die Wechselform häufig zur Eingehung und Verschleierung der wucherlichen Geschäfte mißbraucht wird, und daß auch nicht selten die Wucherer sich Wechsel geben lassen, die sie als unächt kennen, um mittelst der Drohung mit strafrechtlicher Verfolgung der Fälschung den Schuldner um so sicherer ausbeuten zu können.

Als erschwerender Umstand erscheint es, wenn der Wucherer um sich die Leistung der versprochenen wucherlichen Vortheile zu sichern, gegen den Schuldner ein für diesen höchst bedrohliches Zwangsmittel sich dadurch verschafft, daß er sich die Vortheile unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Betheuerungen versprechen läßt[2]).

Die Strafe ist Gefängniß bis zu einem Jahre und zugleich Geldstrafe bis zu sechstausend Mark. Mit der Gefängnißstrafe kann Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verbunden werden.

§ 131. Des strafbaren Wuchers macht sich nach dem Gesetze auch derjenige schuldig, welcher mit Kenntniß des Sachverhaltes eine wucherliche Forderung erwirbt und entweder dieselbe weiter veräußert oder die wucherlichen Vermögensvortheile geltend macht[3]).

Vorausgesetzt wird also, daß der Thäter die Forderung als eine wucherliche bereits im Augenblicke des Erwerbes kannte. Gleichgiltig ist es, ob er die Forderung von dem ersten Gläubiger oder

---

1) Olshausen § 302b Nr. 3. Dagegen Freudenstein S. 89, der die Absicht der Contrahenten einen Wechsel auszustellen und zu nehmen für genügend erachtet, so daß die Anwendbarkeit des § 302b nicht ausgeschlossen werde, wenn die betreffende Urkunde ihrer Form nach nicht als Wechsel erscheint.

2) Wenn nach dem Bericht der Reichstags-Commission, vgl. Schwarze a. a. O. S. 76, die Worte „auf Ehrenwort" nicht nur auf den Fall bezogen werden sollen, wo das Ehrenwort für die Zahlung eingesetzt wird, sondern auch auf den, daß der Schuldner durch den Gläubiger veranlaßt wurde, unwahre Angaben über seine persönlichen oder Vermögensverhältnisse in die Schuldverschreibung aufzunehmen und die Wahrheit derselben auf Ehrenwort zu versichern, so widerspricht dies dem Wortlaute des Gesetzes, nach welchem es darauf ankommt, daß Vermögensvortheile auf Ehrenwort versprochen wurden.

3) Strfgb. § 302c. Vgl. Schwarze a. a. O. S. 77. Freudenstein S. 115 f.

Digitized by Google

irgend einem Rechtsnachfolger desſelben erwirbt, ob von einem gutgläubigen Vormanne oder einem ſolchen, der Kenntniß des Sachverhaltes beſaß. Ebenſowenig begründet der Erwerbstitel des Erwerbers einen Unterſchied. Dagegen genügt der Erwerb der als wucherlich gekannten Forderung allein nicht, vielmehr muß der Erwerber die Forderung entweder weiter veräußern oder gegen den Schuldner geltend machen. Er macht ſie geltend, wenn er ſich die wucherlichen Vortheile gewähren läßt, wie wenn er ſie einklagt oder zur Compenſationseinrede benutzt, aber nicht dann, wenn er die Forderung zuvor ihres wucherlichen Charakters entkleidet, und nicht die wucherlichen Vortheile, ſondern nur das geſchuldete Kapital nebſt einem entſprechenden Maße von Zinſen fordert[1]). Werden die wucherlichen Vortheile geltend gemacht, ſo iſt es gleichgiltig ob der Erwerber der Forderung ſie im eigenen Intereſſe geltend macht, oder um den Gewinn dem urſprünglichen Gläubiger zuzuwenden.

Die Strafen ſind die gleichen, welche den Wucherer treffen, der das wucherliche Geſchäft abgeſchloſſen hat, alſo je nach Geſtaltung des Falles die Strafen des § 302a oder 302b. Die letztere Strafe wird aber ausgeſchloſſen erſcheinen, wenn der Thäter die Forderung zwar mit Kenntniß ihres wucherlichen Charakters erwarb, dagegen von dem qualificirenden Umſtande, z. B. dem Ehrenworte das dem erſten Gläubiger gegeben war, keine Kenntniß hatte.

§ 132. Wer den Wucher gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betreibt wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten, womit der Verluſt der bürgerlichen Ehrenrechte verbunden werden muß, und zugleich mit Geldſtrafe von einhundertundfünfzig bis zu fünfzehntauſend Mark beſtraft[2]).

Die gewerbs- und gewohnheitsmäßige Begehung hat hier die gleiche Bedeutung wie in anderen Fällen, in denen ſie das Strafgeſetzbuch als Thatbeſtandsmoment eines Collectivdelictes oder als Grund erhöhter Strafbarkeit behandelt[3]). Es iſt daher erforderlich, daß eine Mehrheit von verübten Wuchervergehen feſtgeſtellt werde, gleichviel ob es Fälle des einfachen, des qualificirten oder des nach § 302c zu ſtrafenden Wuchers ſind, ob der Angeklagte die Vergehen als Thäter verübte, oder ſich der Theilnahme am Wucher eines Andern ſchuldig machte. Dagegen können die mehr-

1) Oppenhoff § 302c Nr. 4.
2) Strfgb. § 302d.
3) Vgl. oben Bd. I S. 543 f.

Digitized by Google

fachen Fälle in denen der Angeklagte sich wucherliche Vortheile auf Grund des einen und selbigen wucherlichen Geschäftes gewähren ließ, nicht als eine Mehrheit von Wuchervergehen in Betracht kommen. Wird auf Grund einer Mehrheit noch nicht gestrafter Wuchervergehen die gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Verübung festgestellt, so sind diese mehreren Fälle, als ein Collectivdelict bildend, nach § 302 d zu strafen und die Anwendbarkeit der auf die Bestrafung zusammentreffender Delicte bezüglichen Bestimmungen bleibt ausgeschlossen. Die gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Verübung ist aber zugleich auch qualificirendes Moment des einzelnen Falles, und die Strafe des § 302 d kommt auch dann zur Anwendung, wenn diese Art der Verübung unter Berücksichtigung früherer bereits bestrafter oder sonst rechtlich getilgter Wucherfälle festgestellt wurde[1]).

§ 133. Durch das Reichs-Wuchergesetz Art. 2 hat zugleich § 360 Nr. 12 des Strafgesetzbuches eine veränderte Fassung erhalten.

Ursprünglich war hier mit Geldstrafe bis zu fünfzig Thalern oder mit Haft der Pfandleiher bedroht, der bei Ausübung seines Gewerbes den darüber erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt. Weil die Rückkaufsgeschäfte in der Regel verschleierte Pfandgeschäfte sind und in ausgedehnter Weise zur Betreibung von Wucher mißbraucht werden, fügte die Strafgesetz-Novelle von 1876 jener Strafbestimmung die Worte: „oder Rückkaufshändler" ein. Die Novelle zur Gewerbe-Ordnung von 1879 hatte die Betreibung des Geschäftes eines Pfandleihers und Rückkaufshändlers an die Concession der Behörde gebunden und die Centralbehörden ermächtigt über Befugnisse und Verpflichtungen, sowie über den Geschäftsbetrieb der Pfandleiher und Rückkaufshändler, soweit darüber die Landesgesetze nicht Bestimmungen treffen, Vorschriften zu erlassen. Noch einen Schritt weiter ging aber das Reichs-Wuchergesetz. Das Gesetz betreffend die vertragsmäßigen Zinsen von 1867 hatte zwar nach § 4 die landesgesetzlichen Bestimmungen über die gewerblichen Pfandleihanstalten unberührt gelassen, ließ aber eine den Rückkaufshändlern aufzuerlegende Zinsbeschränkung nicht zu. Die Zulässigkeit derselben wurde in Art. 2 des Reichs-Wuchergesetzes dadurch

---

1) Vgl. oben Bd. I S. 548. Olshausen § 302d Nr. 2. Dagegen Rüdorff § 302d Nr. 3.

Digitized by Google

ausgesprochen[1]), daß dem § 360 Nr. 12 des Strafgesetzbuches am Schlusse die Worte: „insbesondere den durch Landesgesetz oder Anordnung der zuständigen Behörde bestimmten Zinsfuß überschreitet" hinzugefügt wurden.

Ueberschreitet der Pfandleiher oder Rückkaufshändler das rechtlich zulässige Zinsmaß, so macht er sich zwar im weiteren Sinne des Wortes eines Wuchers schuldig, aber eines solchen der nur als Uebertretung nach § 360 Nr. 12 zu strafen ist[2]). Eine jede Ueberschreitung des rechtlich zulässigen Zinsmaßes wird zwar zugleich auch als Ueberschreitung des „üblichen Zinsfußes" im Sinne des § 302 a zu betrachten sein[3]), aber nur wenn zu derselben alle weiteren zum Thatbestande des Wuchers im Sinne des Gesetzes erforderlichen Momente hinzukommen, wird solche Ueberschreitung nicht als Uebertretung, sondern als das Vergehen des Wuchers zu bestrafen sein.

### 3. Strafbares Glücksspiel.

§ 134. Das Gesetz hat das Glücksspiel bedingungsweise für strafbar erklärt.

Im Unterschiede von denjenigen Wettspielen bei denen die Spieler eine bestimmte Art der Thätigkeit vornehmen und den Ausgang des Spieles, Sieg und Niederlage, von dem lediglich durch persönliche Fähigkeiten der Spieler bedingten Erfolge der Thätigkeit abhängig machen, ist das Glücksspiel ein solches, bei welchem der Ausgang, Gewinn und Verlust, allein oder doch hauptsächlich vom Zufalle abhängt. Eine rechtliche Bedeutung gewinnt das Glücksspiel nur unter der Voraussetzung, daß der Gegenstand des Gewinnes ein Vermögenswerth ist.

Das Gesetz erklärt aber das Glücksspiel nicht an sich und als solches für strafbar, sondern bedroht mit Strafe nur denjenigen, welcher aus dem Glücksspiele eine Gewerbe macht, und läßt sich dabei offenbar von der polizeilichen Rücksicht leiten, daß der gewerbsmäßige Spieler darauf ausgeht Andere zum Spiele zu verleiten, ihren Leichtsinn und ihre Gewinnsucht auszubeuten, und daß

---

1) Vgl. das in Folge dessen in Preußen am 17. März 1881 ergangene Gesetz.

2) Vgl. Schwarze a. a. O. S. 82 f. Freudenstein S. 152 f.

3) Entsch. III S. 176.

Digitized by Google

es deshalb darauf ankommt den schädlichen wirthschaftlichen Folgen eines solchen Gewerbes zu begegnen.

Wenn die in Deutschland geltenden Quellen des Civilrechtes übereinstimmend von dem Spiele die Wette unterscheiden, so wird angenommen werden müssen, daß auch das Strafgesetzbuch, indem es vom Glücksspiele spricht, die Wette als ausgeschlossen betrachtet[1]). Das Ergebniß aller Bemühungen der Doctrin und Praxis den begrifflichen Unterschied von Wette und Spiel festzustellen ist aber dies, daß nach der weitaus herrschenden Ansicht der Unterschied ebensowenig in dem Inhalte des Vertrages, als in irgend welchen Verschiedenheiten der Art wie die Entscheidung herbeigeführt wird, sondern nur in der Intention zu suchen ist, mit welcher die Contrahenten das Geschäft schlossen[2]). Die Voraussetzung der Wette ist die Aufstellung entgegengesetzter Behauptungen für deren Richtigkeit jeder der Streitenden mit einem Vermögenswerthe einsteht, indem er sich verpflichtet diesen zu leisten, falls sich seine Behauptung als unrichtig erweisen sollte. Wette aber ist ein derartiger Vertrag nicht schon vermöge seines Inhaltes, sondern nur unter der Voraussetzung, daß das Interesse der Wettenden sich darauf beschränkt die eigene Behauptung als die richtige bewährt zu sehen, während der Gewinn nur eine secundäre Bedeutung hat, und es nicht einmal wesentlich ist, daß er dem Sieger zufalle. Eben derselbe Vertrag erscheint dagegen als Glücksspiel, wofern das Interesse der Contrahenten nur darauf gerichtet ist zu gewinnen[3]).

Erklärt das Gesetz den gewerbsmäßigen Betrieb des Glücksspieles für strafbar, so erfordert der Thatbestand des Vergehens die Feststellung, daß der Thäter um des Erwerbes willen gehandelt habe[4]), und mit dieser Feststellung ist zugleich entschieden, daß

1) So die in Doctrin und Praxis durchaus herrschende Ansicht. Merkel in Holtzdff. Hdbch. III S. 829. Oppenhoff § 284 Nr. 3. Schwarze § 284 Nr. 6. Olshausen § 284 Nr. 1. Rsprch. IV S. 407. 641. Urtheil des preuß. Ob.-Verwaltungsgerichts Ztschrft. f. St.-R.-W. II S. 551. Dagegen Stenglein ebenda III S. 111 f.

2) Ein Ueberblick über den Stand der Streitfrage bei Stenglein a. a. O. Vgl. auch die Ausführungen des R.-Gerichts a. a. O. S. 643 f.

3) Wette und Spielvertrag können sich ihrem Inhalte nach vollkommen decken, aber es ist unrichtig zu sagen die Wette könne unter den Begriff des Glückspieles fallen, könne die Merkmale des Glückspieles an sich tragen, die Wette komme bei § 284 soweit in Betracht als sie die Natur des Glückspieles zeige.

4) Die Gewerbsmäßigkeit, vgl. oben Bd. I S. 545, fordert selbstver-

Digitized by Google

die Verträge die er abschloß, gleichviel wie die Parteien sie bezeichneten, welches ihr Inhalt war, in welcher Weise die Entscheidung herbeigeführt wurde, Spielverträge nicht Wetten waren. Hiernach ist aber auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß dem Thäter der eine oder andere der von ihm geschlossenen Verträge als Spielvertrag zuzurechnen ist, obwohl der andere Contrahent ihn seinerseits als Wette auffaßte und abschloß.

Aus dem Glücksspiele macht ein Gewerbe, und ist deshalb nach dem Gesetze strafbar nicht nur derjenige, welcher selbst gewerbsmäßig als Spieler thätig ist, indem er seinen Erwerb von den Chancen des Spieles abhängig macht, sondern auch derjenige, welcher, ohne selbst zu spielen, die Spielverträge Anderer gewerbsmäßig vermittelt und für diese Vermittelung von den Spielern eine Zahlung, etwa bestimmte Procente aller Einsätze der Spieler, sich leisten läßt[1]).

Als Mitthäter sind diejenigen zu betrachten, welche das Gewerbe gemeinsam in der Weise betreiben, daß sie die betreffende Thätigkeit, bestehe sie im Spiele oder in der Vermittelung des Spieles Anderer, selbst ausüben und den Geschäftsgewinn unter sich theilen. Wer aber gegen einen festen, von der Höhe des Geschäftsgewinnes unabhängigen Lohn bei der Gewerbsthätigkeit irgendwie mitwirkt, ohne jene zum Thatbestande des Vergehens erforderliche Thätigkeit auszuüben, z. B. der s. g. Croupier, derjenige, welcher Spieler anlockt und zuführt, ist nur als Gehilfe zu betrachten, ebenso derjenige, welcher sich darauf beschränkt das zum Gewerbebetriebe erforderliche Geld herzugeben, sei es als Darleiher gegen festen Zins oder einen Antheil am Geschäftsgewinn, sei es als ein an der Gewerbsthätigkeit selbst sich nicht betheiligender Gesellschafter.

---

ständlich auch hier eine fortgesetzte um des Erwerbes willen geübte Thätigkeit, aber nicht, daß sie den ausschließlichen Beruf und die fortdauernd fließende Erwerbsquelle bilde. Rsprch. I S. 654. Auch hier ist es die herrschende Ansicht, daß ein Fall genügen kann um die Gewerbsmäßigkeit festzustellen, wenn sich zeigt, daß mit der Absicht ein Gewerbe zu treiben, gehandelt wurde. Rsprch. III S. 442. Aber strafbar ist das Betreiben des Gewerbes, nicht das Kundgeben der Absicht, und genügt letzteres, so ist es folgerecht § 284 auch dann anzuwenden, wenn ein Spiel noch gar nicht stattgefunden hat, aus den stattgehabten Veranstaltungen und Vorbereitungen aber die Absicht gewerbsmäßig zu spielen ersichtlich ist. So Rüdorff § 284 Nr. 2 a. Dagegen Rsprch. III S. 442.

1) Urtheil des preuß. Ob.-Verwaltungsgerichts a. a. O.

Digitized by Google

Vollendet ist das Glücksspiel, wenn ein Spiel stattgefunden hat, d. h. wenn Einsätze gemacht wurden und die Entscheidung über Gewinn und Verlust herbeigeführt war[1]).

Die Strafe ist Gefängniß bis zu zwei Jahren, neben welchem auf Geldstrafe von dreihundert bis zu sechstausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann. Ist der Verurtheilte ein Ausländer, so ist die Landespolizeibehörde befugt ihn aus dem Bundesgebiete auszuweisen.

§ 135. Wegen Uebertretung ist nach dem Gesetze[2]) mit Geldstrafe bis zu hundertfünfzig Mark oder mit Haft zu strafen, wer unbefugt auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze oder in einem öffentlichen Versammlungsorte Glücksspiele hält.

Die Anwendung dieser Strafbestimmung fordert nur die Feststellung, daß der Beschuldigte an einem der angegebene Orte Glücksspiele gehalten hat, d. h. daß er Einrichtungen zum Glücksspiel getroffen hat, unterhält und Anderen zur Benutzung darbietet, nicht die Feststellung, daß gespielt worden sei, daß das Glücksspiel als Gewerbe betrieben wurde, und es würde, wenn auch dies festgestellt wäre, selbstverständlich nicht § 360, sondern § 284 anzuwenden sein. Wenn aber das Halten von Glücksspielen an den bezeichneten Orten nur dann strafbar ist, falls es unbefugt geschieht, nicht, wenn mit polizeilicher Erlaubniß, so ergiebt sich, daß das Strafgesetzbuch das Recht der Landespolizeibehörden die Erlaubniß zum Halten von Glücksspielen zu ertheilen ausdrücklich anerkennt, und zwar auch dann, wenn das Halten von Glücksspielen als Gewerbe betrieben wird, wie dies ganz regelmäßig bei den Personen der Fall sein wird, die bei Jahrmärkten, Kirmessen und anderen Volksfesten mit polizeilicher Genehmigung Glücksspiele halten. Hiernach wird durch polizeiliche Genehmigung auch die Anwendbarkeit des § 284 ausgeschlossen, und die stillschweigende Voraus-

1) Dagegen Rsprch. I S. 139. III S. 442, wonach zur Vollendung genügt, wenn Einsätze gemacht sind, vgl. auch Oppenhoff § 284 Nr. 2. H. Meyer S. 585. Olshausen § 284 Nr. 9. Aber wer den Einsatz gemacht hat, und ihn nicht mehr zurückziehen kann, befindet sich in der gleichen Lage wie Jeder der die verbrecherische Versuchsthätigkeit beendet hat und unthätig den Eintritt des Erfolges abwartet. Noch weniger kann das Einsetzen schon als Vollendung erscheinen, wenn die Entscheidung noch eine weitere eigne Thätigkeit des Spielers erfordert.

2) Strfgb. § 360 Nr. 14.

Digitized by Google

setzung, von welcher man hierbei ausgegangen ist, besteht ohne Zweifel darin, daß die polizeiliche Erlaubniß nur ertheilt werden wird, wenn es sich um Glücksspiele handelt, welche vermöge der Geringfügigkeit des Einsatzes und der Beschaffenheit des Gewinnes ungefährlich erscheinen. Da aber das Gesetz in dieser Beziehung keine feste Grenze gezogen hat, so ergiebt sich damit ein Widerspruch gegen das Bundesgesetz vom 1. Juli 1868, durch das die obrigkeitliche Concessionirung und Duldung öffentlicher Spielbanken verboten wurde[1]).

§ 136. Das Gesetz erklärt ferner für strafbar den Inhaber eines öffentlichen Versammlungsortes, welcher Glücksspiele daselbst gestattet oder zur Verheimlichung solcher Spiele mitwirkt.

Ein öffentlicher Versammlungsort ist der Jedermann zugängliche, welcher die bleibende Zweckbestimmung hat, der Versammlung unbestimmter Personen zu dienen.

Inhaber des öffentlichen Versammlungsortes ist derjenige, welcher thatsächlich über die betreffende Räumlichkeit zu verfügen und sie zu beaufsichtigen hat, gleichviel ob wie der Eigenthümer oder Pächter kraft eignen Rechtes, oder ob in Vertretung des Berechtigten[2]). Der Inhaber des öffentlichen Versammlungsortes macht sich des Vergehens schuldig dann, wenn er daselbst das Glücksspiel gestattet[3]), wobei also vorausgesetzt wird, daß das Spiel nicht nur in irgend welcher Räumlichkeit über welche er zu verfügen hat, sondern in einer Jedermann zugänglichen stattfinde. Er macht sich des Vergehens aber auch ferner schuldig, wenn er zur Verheimlichung solcher Spiele mitwirkt. Auch in diesem Falle wird vorausgesetzt, daß das Spiel in einer Räumlichkeit stattfindet über welche er zu verfügen hat, womit sich von selbst ergiebt, daß das Spiel auch ein von ihm gestattetes ist, wogegen es nicht er-

---

1) Es könnte die, freilich praktisch wohl bedeutungslose Frage aufgeworfen werden, ob nicht in Rücksicht auf § 2 des Einführ.-G. das Gesetz vom 1. Juli 1868 als durch das Strafgesetzbuch aufgehoben zu betrachten sei, wie auch Olshausen § 284 Nr. 6 annimmt, daß, obwohl jenes Gesetz das Fortbestehen der Spielbanken bis zum 31. December 1872 duldete, gleichwohl die Bankhalter nach § 284 zu strafen gewesen wären.

2) Merkel a. a. O. S. 829. Oppenhoff § 285 Nr. 1. Rüdorff § 285 Nr. 1. Goltd. Arch. XXVI S. 70. Dagegen Rubo § 285 Nr. 1.

3) Das Gestatten erfordert nicht eine ausdrückliche Genehmigung, sondern wird auch dann anzunehmen sein, wenn es sich um ein wissentliches Zulassen, Nichtverhindern handelt.

Digitized by Google

forderlich ist, daß das Spiel an einem öffentlichen, Jedermann zugänglichen Orte stattfinde[1]). Ein Verheimlichen des Spieles ist nur denkbar, wenn es an einem nicht öffentlichen, sondern an einem nur den um das Geheimniß Wissenden zugänglichen Orte stattfindet, sei dies ein zur Wohnung des Inhabers des öffentlichen Versammlungsortes dienender Raum, oder ein solcher, den er bleibend für das im Geheimen zu betreibende Spiel bestimmt hat, oder ein öffentlicher Ort der zeitweise nicht Jedermann, sondern nur gewissen Personen zum Zwecke des Spieles zugänglich ist.

Während die Frage ob im gegebenen Falle ein Glücksspiel anzunehmen sei, keinem Bedenken unterliegen wird, wenn es sich um die Bestrafung dessen handelt, welcher aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht, bieten sich bei Anwendung des § 285 allerdings größere Schwierigkeiten dar. Das Glücksspiel erfordert, daß der Gewinn in einem Vermögenswerthe bestehe und die Entscheidung vom Zufalle abhänge, und in diesem Sinne sind auch die bei weitem meisten s. g. Unterhaltungsspiele Glücksspiele. Zwischen dem zu gestattenden Unterhaltungsspiele und dem unzulässigen Glücksspiele in der Art unterscheiden zu wollen, daß bei letzterem der Zufall allein entscheidet, bei ersterem eine Unterhaltung gewährende Mitwirkung des Spielers erfordert wird, ist darum unthunlich, weil auch Spiele, bei denen lediglich der Zufall entscheidet, vorkommen werden, deren Gestattung als strafbar zu betrachten sicher nicht die Absicht des Gesetzgebers war. Ebensowenig wird in Rücksicht auf das Motiv der Spieler eine solche Unterscheidung gemacht werden können, denn einerseits verfolgt auch bei dem s. g. Unterhaltungsspiele der Spieler den Zweck zu gewinnen, und andrerseits sucht in der Regel auch der Glücksspieler, der sein ganzes Vermögen aufs Spiel setzt, in der Spannung und leidenschaftlichen Erregung die ihm das Spiel gewährt, eine Unterhaltung, und selbst dies würde nicht richtig sein, wenn man annehmen wollte,

---

1) Das Wort „daselbst" in § 285 bezieht sich nur auf den Fall des Gestattens des Spieles, nicht auf den des Mitwirkens zur Verheimlichung. Im letzteren Falle ist also nicht erforderlich, daß der Ort des Spieles ein öffentlicher sei. Es ist daher unrichtig, wenn man, um die Anwendung des § 285 zu rechtfertigen, annimmt, daß Privaträume des Inhabers, wenn er sie zeitweise und mit Beschränkungen der Zugänglichkeit zum Spiele hergiebt, damit zu öffentlichen werden. So Urth. d. preuß. Ob.-Trib. in Goltd. Arch. XXVI S. 70. Oppenhoff § 285 Nr. 2. Olshausen § 285 Nr. 2. Schwarze § 285 Nr. 3. Dagegen Merkel a. O. S. 829. Rsprch. IV S. 215.

Digitized by Google

daß bei der ersteren Art von Spielen stets die Unterhaltung, bei der letzteren stets das Gewinnen das vorwiegende Interesse des Spielers bilde. Es wird daher nur übrig bleiben von der Tendenz des Gesetzes der Förderung und Begünstigung des sittlich verwerflichen, die wirthschaftliche Stellung des Spielers gefährdenden Glücksspieles entgegenzutreten, auszugehen und im concreten Falle zu untersuchen und festzustellen ob es sich um Glücksspiele in diesem Sinne handelt. Es wird hiernach darauf ankommen ob das Wagniß dem sich die Spieler aussetzen zu ihrer socialen Stellung und Vermögenslage in dem Verhältnisse steht, daß es als angemessener Preis, den sie für ein Vergnügen, eine Unterhaltung zahlen, betrachtet werden darf, oder ob in einem Mißverhältnisse, vermöge dessen das Spiel als ein sittlich zu mißbilligendes und das wirthschaftliche Wohl der Spieler gefährdendes erscheint[1]).

Die Strafe ist Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark.

§ 137. Von dem Glückspiele unterscheidet das Gesetz die Lotterie und stellt dieser die Ausspielung beweglicher oder unbeweglicher Sachen gleich[2]). Lotterie wie Ausspielung, im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauches nur dadurch unterschieden, daß bei der Lotterie ein in Geld bestehender Gewinn vorausgesetzt wird, bei der Ausspielung ein in einer beweglichen oder unbeweglichen Sache bestehender, sind ihrem Wesen nach zweifellos auch Glücksspiele, aber ihre Eigenthümlichkeit und ihr Unterschied von anderen Glücksspielen wird sich unverkennbar herausstellen, wenn die im gewöhnlichen Leben vorzugsweise als Lotterie und Aus-

---

1) Für die unter Berücksichtigung der concreten Verhältnisse zu treffende Entscheidung Oppenhoff § 284 Nr. 1. § 285 Nr. 3. Urtheile bei Pezold § 285 Nr. 3. Rüdorff § 284 Nr. 1. Olshausen § 284 Nr. 2. Unrichtig aber ist es, wenn man den Vermögenswerth um den gespielt wird, falls er in Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse der Spieler ein sehr geringfügiger ist, überhaupt nicht als solchen und deshalb das Spiel nicht als Glücksspiel betrachten will. Das R.-Gericht, Rsprch. IV S. 215, erachtet die Berücksichtigung der concreten Verhältnisse, der Vermögenslage der Spieler, für unzulässig, da sie der Inhaber des Versammlungsortes nicht erforschen könne, will aber von den Glücksspielen diejenigen ausschließen, deren Object „nach gesellschaftlichen Anschauungen" die Bedeutung eines Vermögenswerthes nicht habe. Diese Anschauungen werden aber in den verschiedenen gesellschaftlichen Kreisen doch wohl sehr verschiedene sein.

2) Strfgb. § 286.



Digitized by Google

spielung bezeichneten Fälle ins Auge gefaßt werden. Hier wird immer die Theilnahme einer größeren Zahl von Spielern vorausgesetzt; der Einsatz ist ein fest bestimmter und für alle Spieler der gleiche, sowie auch die Gewinne in voraus nach Zahl und Betrag bestimmte sind; der Veranstalter selbst ist nicht Spieler und verwendet die Summe der Einsätze zur Deckung der planmäßigen Gewinne, entweder vollständig oder nur zu einem Theile, indem er den andern Theil für sich oder für irgend eine andere Zweckbestimmung vorbehält; die vom Zufalle abhängige Entscheidung über Gewinn und Verlust wird für alle Spieler auf einmal oder wie bei der s. g. Klassenlotterie durch eine fest bestimmte Zahl von Ziehungen herbeigeführt. Mit dieser Entscheidung ist das ganze Spiel beendet, oder es wiederholt sich, wie bei den Staatslotterien, in fest bestimmten Zeiträumen. Weil bei solchen Lotterien und Ausspielungen die Abwickelung des Spielgeschäftes lange Zeit erfordert und dem Spieler entweder gar nicht oder nur in langen Zwischenräumen Gelegenheit zu erneuerter Theilnahme am Spiele geboten ist, sind sie weniger als andere Glücksspiele geeignet die Leidenschaft des Spieles anzuregen und erscheinen in sittlicher und wirthschaftlicher Beziehung weniger gefährlich. Aber abgesehen von dieser durch die besondere Gestaltung der Lotterie oder Ausspielung bedingten Eigenthümlichkeit wird es nicht möglich sein den Unterschied der Lotterie und anderer Glücksspiele festzustellen.

Daß der Veranstalter der Lotterie oder Ausspielung bei jedem einzelnen Spiele mit einer Mehrheit von Spielern contrahire ist nicht wesentlich, und das Ausspielen in s. g. Glücksbuden hört an sich nicht auf ein solches zu sein, wenn es so eingerichtet ist, daß die Entscheidung jedesmal nur für einen Spieler herbeigeführt wird [1]). Daß, wie gewöhnlich angeführt wird [2]), der Einsatz und die Gewinne in voraus genau bestimmte sind, ist keine die Lotterie von anderen Glücksspielen unterscheidende Eigenthümlichkeit, denn auch bei dem Glücksspiel im engeren Sinne können Einsatz und

---

1) Merkel a. a. O. S. 830. Oppenhoff § 286 Nr. 2. 6. Goltd. Arch. II S. 834. Rsprch. I S. 736.

2) Merkel a. a. O. Schwarze § 284 Nr. 5. Oppenhoff § 286 Nr. 2. Rüdorff § 286 Nr. 1. Die Definition der Lotterie, welche das R.-Gericht, Rsprch. I S. 194. III S. 345 giebt, läßt den Unterschied derselben von anderen Glücksspielen unbestimmt, ebenso das, was Olshausen § 286 Nr. 4. 5 anführt.

Digitized by Google

Gewinn im voraus fest bestimmte sein, wie etwa bei einem Würfelspiele, bei dem es sich darum handelt wer von zwei Spielern den Einsatz des andern gewinnt. Daß der Veranstalter der Lotterie oder Ausspielung selbst nicht Spieler sei, ist ebensowenig ein Unterscheidungsmerkmal, denn einerseits ist es nicht ausgeschlossen, daß der Veranstalter der Lotterie selbst Spieler ist, indem er etwa die nicht abgesetzten Loose selbst spielt, und andrerseits wird es auch bei anderen Glücksspielen vorkommen, daß der Veranstalter nicht selbst Spieler ist. Ein wesentlicher Unterschied wird hiernach nur darin gefunden werden können, daß als Lotterie oder Ausspielung ein Glücksspiel zu bezeichnen ist, welches, im Unterschiede von anderen, die eine rasche Wiederholung und längere Zeit fortgesetzte Spielthätigkeit gestatten, und darum eine maßlose Steigerung der Gewinn- und Verlust-Chancen des Gesammtspiels möglich machen, so eingerichtet ist, daß eine Wiederholung des Spieles entweder ganz ausgeschlossen, oder vermöge seines langsamen Verlaufs nur nach längerer Zeit möglich ist[1]).

Wird von diesem Gesichtspunkte ausgegangen, so wird auch auf den einem Glücksspiele gewöhnlich beigelegten Namen kein Gewicht gelegt werden dürfen. Das s. g. Lotto oder die Zahlenlotterie, wobei die Entscheidung in kürzester Zeit durch die Ziehung von fünf Nummern herbeigeführt wird, das die rascheste Wiederholung des Spieles und bei längerer Fortsetzung eine große Steigerung der Verluste möglich macht, wird trotz seines Namens nicht als Lotterie, sondern als Glücksspiel zu betrachten sein. Das in den s. g. Glücksbuden getriebene Spiel, bei dem die Gewinne nicht in Geld sondern anderen beweglichen Sachen bestehen, wird ebendeshalb freilich eine Ausspielung genannt werden dürfen[2]), aber

1) Im Wesentlichen stimmt hiermit überein das Urtheil des R.-Gerichts Rsprch. V S. 283, nur wird nicht gefordert werden dürfen, daß die Entscheidung ohne jede zulässige Wiederholung von Einsätzen ihren Verlauf habe, denn Wiederholung von Einsätzen vor der Entscheidung ist bei jedem Glücksspiel ausgeschlossen, und nach erfolgter Entscheidung kann auch bei der Lotterie Wiederholung der Einsätze stattfinden.

2) Das Spiel in den s. g. Glücksbuden wird regelmäßig als Ausspielung, nicht als Glücksspiel, beurtheilt, Goltd. Arch. II S. 834. VIII S. 568. Oppenhoff § 286 Nr. 6. Schwarze § 286 Nr. 7. Dies führt dahin, daß wer unbefugt eine Glücksbude bei einem Volksfeste etablirt in der die Gewinne in Pfefferkuchen bestehen, nach § 286 mit Gefängniß bis zu zwei Jahren zu strafen ist, wer aber ein anderes Glücksspiel einrichtet eventuell nach § 360 mit Geldstrafe oder Haft.

Digitized by Google

sofern auch hier die Entscheidung in kürzester Zeit durch eine Drehscheibe, Würfel u. s. w. herbeigeführt wird, eine sehr schnelle Wiederholung und lang dauernde Fortsetzung des Spieles möglich ist, wird ein solches Spiel als Glücksspiel nicht als Ausspielung zu beurtheilen sein.

In welcher Weise bei einer Lotterie in dem angegebenen Sinne die Entscheidung über Gewinn und Verlust herbeigeführt wird, ist gleichgiltig, und es ist nicht erforderlich, daß der Veranstalter sie, wie es in der Regel geschieht, selbst herbeiführt. Daher liegt auch im Falle des s. g. Promessengeschäftes, bei welchem die Entscheidung von der in einem andern Lotterie-Unternehmen erfolgenden abhängig gemacht wird, die Veranstaltung einer Lotterie vor[1]). Der Unternehmer des Promessengeschäftes verpflichtet sich für den Fall, daß ein bestimmtes Staatslotterieloos oder eine bezeichnete Obligation einer Prämien-Anleihe mit einem Gewinne gezogen werden sollte, den Käufern der Promessen, deren Kaufpreis den Einsatz bildet, den Betrag des Gewinnes oder eines Theiles desselben zu zahlen, und es verliert das Geschäft die Bedeutung einer Lotterie weder dadurch, daß der Unternehmer das betreffende Loos selbst spielt und nur so viele und so große Gewinnantheile verkauft, als er mittelst des ihm zufallenden Gewinnes zu decken vermag, noch auch dadurch, daß es von der betreffenden Entscheidung abhängt ob allen Spielern oder ob keinem ein Gewinn zu zahlen sei[2]).

Nicht die Veranstaltung einer Lotterie, sondern ein gemeinsames Lotteriespiel findet statt, wenn die mehreren Antheilsberechtigten Miteigenthümer des Looses sind, was dadurch nicht ausgeschlossen erscheint, daß der eine Antheilsberechtigte Inhaber des Looses und damit in der Lage ist den Gewinn zu erheben[3]). Eine Lotterie oder Ausspielung liegt auch dann nicht vor, wenn die Möglichkeit eines Verlustes ausgeschlossen ist, weil es von der Entscheidung nur abhängt, was jeder Betheiligte für seinen Einsatz empfängt, während ihm jedenfalls ein volles Aequivalent desselben gesichert ist[4]).

Das Gesetz erklärt nur den Veranstalter der Lotterie oder Ausspielung, nicht die Spieler für strafbar und als Veranstalter

1) Merkel a. a. O. Oppenhoff § 286 Nr. 3. Olshausen § 286 Nr. 6. Rsprch. I S. 194. III S. 387.

2) Rsprch. II S. 390. Dagegen Rsprch. I S. 269.

3) Entsch. IV S. 80. Rsprch. III S. 387. Dagegen Rsprch. II S. 639.

4) Oppenhoff § 286 Nr. 1. Berner S. 587, dagegen im Anschlusse an das preuß. Ob.-Trib. Olshausen § 286 Nr. 5. 6.

Digitized by Google

erscheint derjenige, welcher das Unternehmen ins Werk setzt und in Betreff der Gewinne als Schuldner der Spieler, in Betreff der Einsätze als deren Gläubiger erscheint. In Betreff der Frage ob gleichwohl auch der Spieler zu strafen sei, sofern er durch vorhandene landesgesetzliche Strafbestimmungen bedingungsweise für strafbar erklärt wird, oder ob derartige landesgesetzliche Bestimmungen durch das Strafgesetzbuch außer Kraft gesetzt sind, bemerken die Motive ausdrücklich, daß die Vorschriften über das Spielen in ausländischen Lotterien und das Collectiren für dieselben durch § 286 nicht berührt werden. Wenn derartige Verbote den Zweck haben das financielle Interesse des einzelnen Staates und seines Lotterieunternehmens zu schützen, so erklärt es sich, daß die Reichsgesetzgebung sich weder veranlaßt fand ein derartiges Verbot ihrerseits auszusprechen, noch auch landesgesetzliche Verbote außer Kraft zu setzen. Weil also das Schweigen des Strafgesetzbuches über das Spielen in ausländischen Lotterien und das Collectiren für sie in der angegebenen Weise seine genügende Erklärung findet, wird es nicht dahin gedeutet werden dürfen, daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei die Materie des Glücksspiels in erschöpfender, jede weitere landesgesetzliche Strafbestimmung ausschließender, Weise zu behandeln [1]).

Die veranstaltete Lotterie oder Ausspielung muß eine öffentliche sein, und ist dies unter der Voraussetzung, daß der Unternehmer Jeden, der die festgestellten Bedingungen erfüllt, zur Theilnahme daran zuläßt. Den Gegensatz bildet die Lotterie, bei welcher die Betheiligung von einer weiteren persönlichen Qualität abhängig gemacht, die Theilnahme also auf einen irgendwie fest begrenzten Kreis von Personen beschränkt ist. Dagegen erfordert die Oeffentlichkeit nicht eine öffentliche Bekanntmachung und Aufforderung zur Theilnahme, und wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Veranstalter sein Unternehmen möglichst zu verheimlichen sucht, indem er etwa nur brieflich zur Theilnahme auffordert, oder die Loose in den Privatwohnungen anbietet [2]).

---

1) Merkel a. a. O. S. 830. v. Liszt S. 306. Rsprch. I S. 460. Dagegen Kirchmann zu § 286. Rubo § 284 Nr. 4. Olshausen § 284 Nr. 6 a. Die angeführten Worte der Motive werden, entgegen der Auslegung Rubo's, unmöglich anders als dahin gedeutet werden können, daß durch § 286 die landesgesetzlichen Verbote nicht alterirt, nicht außer Kraft gesetzt werden.

2) Oppenhoff § 286 Nr. 11. Goltd. Arch. XXI S. 847. Rsprch. I S. 576. III S. 320.

Digitized by Google

Die Vollendung des Delictes erfordert nicht, daß eine Loosziehung, Ausspielung stattgefunden habe, denn das Gesetz erklärt das Veranstalten der Lotterie oder Ausspielung für strafbar, und dieses ist gegeben, wenn der Veranstalter den Plan des Unternehmens und die Bedingungen der Betheiligung festgestellt und zur Theilnahme aufgefordert hat, sollte auch das ganze Unternehmen erfolglos geblieben sein[1]).

Die Strafbarkeit erfordert endlich aber auch, daß die Veranstaltung der Lotterie oder Ausspielung ohne obrigkeitliche Erlaubniß stattgefunden habe. Daß die Unkenntniß des Thäters von der Nothwendigkeit obrigkeitlicher Erlaubniß die Strafbarkeit nicht ausschließe kann weder mit dem traditionellen Grundsatze ignorantia juris nocet, noch damit gerechtfertigt werden, daß nach § 286 ebensowohl dolose als culpose Uebertretung des Verbotes strafbar sei[2]). Strafbar ist die Uebertretung nur als schuldhafte[3]), also dann, wenn der Thäter mit dem Bewußtsein, daß eine ihm mangelnde obrigkeitliche Erlaubniß erforderlich sei handelte[4]), aber auch dann, wenn er handelte obwohl ihm dies Erforderniß zweifelhaft erschien, in welchem Falle die Schuld nicht als culpa sondern als dolus eventualis erscheint. Die festgestellte Unkenntniß der Nothwendigkeit obrigkeitlicher Erlaubniß schließt die Strafbarkeit ebenso aus, wie der Irrthum über die Competenz der die Erlaubniß ertheilenden Behörde[5]).

Die Strafe des Vergehens ist Gefängniß bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bis zu dreitausend Mark.

§ 138. Als eine Ergänzung des § 286 des Strafgesetzbuches erscheint das Gesetz vom 8. Juni 1871 betreffend die Inhaberpapiere mit Prämien, denn ohne Zweifel ist auch die Ausgabe von Obligationen einer Prämien-Anleihe als Veranstalten einer Lotterie zu betrachten[6]). Dem steht nicht entgegen, daß bei solchen An-

---

1) Oppenhoff § 286 Nr. 10. Goltd. Arch. XXVII S. 544. Rsprch. I S. 576.

2) Wie dies Merkel a. a. O. IV S. 456 annimmt.

3) Vgl. oben Bd. I S. 260. f.

4) Vgl. Olshausen § 286 Nr. 11. Das von Liszt S. 305 geforderte und als genügend erachtete Bewußtsein ohne obrigkeitliche Erlaubniß zu handeln, kann hier so wenig wie je eine Schuld begründen, wenn das Bewußtsein ihrer Nothwendigkeit mangelt.

5) Entsch. III S. 49.

6) Dagegen Merkel a. a. O. S. 830.

Digitized by Google

leihen die Gläubiger regelmäßig mindestens den geliehenen Kapitalbetrag zurückerhalten, denn er bildet nicht das volle Aequivalent ihres Einsatzes, da der Gläubiger die Hoffnung auf einen seine Leistung übersteigenden Gewinn mit dem Risiko erkauft für eine lange Reihe von Jahren die Zinsen des geliehenen Kapitals entweder vollständig oder zu einem Theile zu verlieren.

Durch jenes Gesetz wurden die durch Ausgabe solcher Obligationen bisher im deutschen Reich veranstalteten Lotterien als obrigkeitlich erlaubt anerkannt, und auch ausländische insofern, als deren Obligationen auch fernerhin in Deutschland begeben und an den Börsen zum Gegenstande von Geschäften gemacht werden dürfen, wenn sie bis zum 15. Juli 1871 in der vom Gesetz vorgeschriebenen Weise in Deutschland abgestempelt wurden. Dagegen dürfen seit jenem Gesetze Inhaberpapiere mit Prämien innerhalb des deutschen Reiches nur auf Grund eines Reichsgesetzes und nur zum Zwecke der Anleihe eines Bundesstaates oder des Reiches ausgegeben werden. Strafbar ist wer dieser Bestimmung zuwiderhandelnd dergleichen Inhaberpapiere im Inlande ausgiebt, und ferner wer derartige inländische oder auch nach dem 30. April 1871 im Auslande ausgegebene, oder zwar früher ausgegebene aber nicht abgestempelte Inhaberpapiere weiter begiebt, oder an den Börsen zum Gegenstande eines Geschäfts oder einer Geschäftsvermittelung macht.

Der Gesichtspunkt, von dem aus das Strafgesetzbuch die Veranstaltung von Lotterien verbietet ist aber offenbar für Prämien-Anleihen, obwohl sie gewiß als Lotterien zu betrachten sind, nicht maßgebend, denn bei dem geringen Risiko der Gläubiger und bei der langsamen, regelmäßig ein menschliches Lebensalter überdauernden Abwickelung des Lotteriegeschäftes, sind die sittlich und wirthschaftlich nachtheiligen Folgen anderer Lotterien nicht zu besorgen. Das Gesetz selbst giebt zu erkennen, daß sein Zweck nur der ist die financiellen Vortheile einer Prämien-Anleihe dem Reiche und den deutschen Staaten vorzubehalten. Dem entsprechend erklärt das Gesetz abweichend von § 286, nicht nur den Veranstalter, sondern auch den an solcher Lotterie sich Betheiligenden für strafbar, bestimmt aber auch eine andere Strafe, nämlich Geldstrafe, welche den fünften Theil des Nennwerthes der den Gegenstand der Zuwiderhandlung bildenden Papiere, mindestens aber 300 Mark beträgt.

Digitized by Google

Universitäts-Buchdruckerei von Carl Georgi in Bonn.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received Nov 8. 1920

Digitized by Google